

# 民商法二元論と資本主義私法

——約款法規論を手懸りに——

鷹 巢 信 孝

- 一 本稿の問題意識
- 二 商的色彩論への疑問
- 三 前期的資本と産業資本
- 四 商的色彩論批判
- 五 企業法論の拾頭
- 六 企業法論批判
- 七 民商法二元論批判（その一）
- 八 民商法二元論批判（その二）
- 九 理論法学と民商法二元論
- 一〇 むすび

## 一 本稿の問題意識

一、企業の取引合理化技術である約款は、「生きた法」として資本主義法の考察から度外視しえないものになっている。それは二〇世紀に入って開花した新現象であるが、独占資本主義段階に不可欠の装置だからである。生産力の発展・並びに大不況という歴史的条件の中から生れてきた資本集中体たる株式会社とともに、資本の流通過程——商

（鷹巢）

品交換の側面——に登場した約款は、いわゆる「法典からの逃避」、「裁判所からの逃避」を惹起せしめ、巨大企業はいわば大君主として、広汎な臣下——消費者大衆に新しい封建秩序を課しており、今日われわれは「契約から身分へ」と逆戻りを経験している、<sup>(1)</sup>という比喻を用いても奇異な感じを受けないほどである。このような情況に直面して、英米法においても大陸法においても「契約自由」というアンビヴァレントな概念について、ドラスティックな再評価、新しい契約類型に対して新しい意味づけがなさるべきことは夙に主張されている。<sup>(2)</sup>勿論、契約制度の再考察は重要な問題であるが、資本制社会と法制度の構造連関を踏えんとするとき、契約だけが切り離されて問題となっていないのではなく、資本制社会の中軸をなす私的所有の面において株式会社形態が出現したとと相俟っている点を欠落させることは出来ない。

二、右のような視点から出発すると、株式会社・約款という独占的モメントの出現により、大きく動揺している近代市民法、自由な所有権・自由平等な法的人格者・契約の自由を中心に据えている近代市民法は、資本制経済との間に如何なる関連性を有しているか、自由平等な法主体間の関係を規律する近代市民法によって、不自由不平等な関係を実現している資本制社会の、財産的諸関係の保障が如何にして可能であるのか、ということに関心が向う。とくに、われわれが扱っている約款については、これを法規範と捉え、商法の法源に入れる見解が出るに及んでは、この立場を理解し、あるいは批判するためにも右の問題意識から、近代市民法と資本制社会の構造連関を探る必要がある。ただし、約款は独占段階の現象であり、自由平等を理念とする近代市民法の中に、それを調和的に体系づけ、近代市民法を補充することが可能か否か、は問題だからである。

われわれはこの問題を、約款を商法の法源とする立場が近代市民法をどのように捉えているのか、を追求する中で考察してゆこう。近代市民法は民法典と商法典とから構成されているが、市民社会の法として、「がらくた」の寄せ集めにすぎないとされていた商法も、資本の集中が進展し、株式会社法制が整備充実されるとともに、即ち商行為法

主義から商人法主義への移行とともに、その存在意義が顕著となり「商法の独自性」が唱えられるに至っている。したがって、約款が、株式会社の独占企業形態化とともに出現した取引技術であることを想うとき、約款を法規範として商法の法源に入れる立場が、「商法の独自性」を強調するのも肯けるであろう。そこで、われわれは約款法規論者の商法観を探ることを通して、彼らが近代市民法と資本制社会の関連性を、どの程度まで理解しているのかを追求しようというわけである。

三、われわれは、この問題を単なる理論上の興味のためにのみ論じているのではなく、「人間の物化」、「物の人格化」現象を必然ならしめている資本制社会において、法現象の中に、この物化が如何に反映し貫徹しているかを探る手懸りとしてでもあり、約款をめぐる解釈論に関して言えば、いわゆる「法学的世界観」にとらわれた解釈法学を批判するためでもある。約款をめぐる解釈論では、「約款の性格づけ」と「約款の拘束力」が重要問題であるが、これらの問題に至るまでには、いくつかの論理展開を要するわけで、ここでは約款法規論を採りあげて、彼らは単に取引上の便宜のために法規論を説いているに過ぎないのか、それとも資本制経済と法との客観的連関構造を踏まえた上で主張しているのか、を検討することは、解釈論に資するところありと思料している。<sup>(3)</sup>勿論、約款法規論の検討は、彼らが資本制経済と法の関係をどのように把握しているかと結びつけて、法と国家をどのように理解しているのか、また、その根底にある世界観までも問わなければ十分なものではないが、考察の便宜上これらの点は別稿に譲り、論を進めよう。

四、本稿は、このような雑多な問題意識を背景にしながら、「資本主義経済と法」の連関構造を探ることに関心をまとめたわけであるが、タイトルに記したように、民商法二元論の検討——しかも、約款法規論を手懸りに——を通しての探求であるために、理論法律学の研究としては、非常に限定されたものにすぎない。また、われわれは約款を株式会社との関連の下に捉え、それらを独占段階の現象と規定するにも拘らず、約款法規論者が近代市民法を如何に

捉え、資本制経済と法の連関構造をどのように理解しているか、などの表現を用いることは、非常に恣意的な印象を与えるかもしれない。ここで、「近代市民法」、「資本主義私法」という用語は、市民革命期や産業革命期といった「過去性」に重点を置くものではなく、いずれも資本主義の現段階において妥当している私法を表現するものであるが、前者には民法典、商法典という形式的区分を含意させ、後者は資本制生産関係の保障という内容面の重視を打ち出す意味を持たせるにすぎない。今日の理論法学では、近代法と現代法、あるいは資本の原蓄段階の法、産業資本主義段階の法、国家独占資本主義段階の法という分け方が有力に主張されているが、われわれがこのような立場とは別の使い分けをしていること、及び株式会社と約款を独占段階の現象としながら、資本主義私法に段階規定をしなかったのには、それなりの理由がある。本稿は法の歴史的分析を目的とするものではなく、現在われわれが置かれている立場から資本主義私法を捉えかえるものであること。その際、われわれの検討対象とする民商法二元論、商法の独自性論において、段階規定は主要な問題にされていないということに、われわれも規定されること。勿論、私法上の諸制度には資本主義の発展に応じて変化が見られ、ことに資本集中体については、産業資本主義段階と独占段階とでは大きな差異のあることは、本論で述べるとおりであるが、本稿の私法理論に関する限りでは、経済学でなしにできるように「段階論」として夫々の段階の私法について、別個に論ずるまでもなく、「資本主義私法」の下に一括して捉え、ただその変化・発展を端緒形態と発展形態として論ずれば十分であらう。

独占資本の出現は、私法の虚偽性を余すところなく顕わにし、それを修正する規定や、新しいイデオロギーも抬頭するが、資本主義私法の本質に何ら変わるところなく、問題は資本主義の全般的危機といわれる情況を乗り越えるために、国家の介入が制度化し、私法の枠外で資本の再生産、蓄積が保障される面に移っている。その場合、国家の介入に主として係わっているのは巨大株式会社であり、介入の形態が商品(貨幣)形態をとったり、企業形態をとっているために、私法学者の研究も従来の枠のみに止まり得なくなっている。

また、社会關係が従来のように私法主体相互間に止まらず、「社会性」の枠が大きく拡がり、「社会法」なる法分野が定着している今日、それと私法の関連を問うことも課題とされねばならないが、本稿は商法の独自性の問題に的をしばっている。

五、なお、われわれは、田中耕太郎博士、西原寛一博士の所説に対する批判という形で論述を展開しているが、両博士の見解を斬ることを主要目的とするものではない。けだし、両博士とわれわれとの問題意識は根本的に異なっているからである。視角を異にするとはいえ、両先達の見解を対象とすることにより、社会科学としての理論を志向せんとするものであることを、予め断っておきたい。

(1) F. Kessler, *Contract of Adhesion, some Thoughts about Freedom of Contract*, Col. L. Rev., vol. 43 (1943), P. 640 and 641.

(2) Kessler, op. cit., p. 641 and 642; N.S. Wilson, *Freedom of Contract and Adhesion Contracts*, (1965) 14 Int. and Comp. L. Q., P. 194.

(3) 約款法規説は、わが国においてもドイツにおいても少数説ではあるが、有力に説かれている。

(4) この点については、稲本洋之助「法の歴史的分析」(片岡昇編『現代法講義』所収) 一一〇頁以下、野村、戒能、沼田渡辺編『現代法の学び方』六五頁以下。

## 二 商的色彩論への疑問

一、約款法規論の有力な主張者の一人である田中耕太郎博士は、民法に対する商法の独自性を、商法の規定する法律実 *Tatbestand* の種類に求めるのではなく、商の最も純粹な形態たる「固有の商」、即ち投機売買(商五〇一条一号、二号)より演繹される性格、つまり商的色彩に求められる。商的色彩とは、財貨交換の根本にある営利的性

質が技術化されることにより生ずる、集団性と個性喪失とである。<sup>(2)</sup> 商的色彩論は民商法の対象の共通性、法的事実の共通性を前提として、同一対象を方法論的に民法とは別の角度から捉えるものである。

博士によれば、商人は物の使用価値ではなく、交換価値に関心をもつものであるが故に、商人の営業とする法律関係は民法に属する法律事実に対し、主体・客体、行為の三方面において非個性化されてゆく。<sup>(3)</sup> 行為の面における個性喪失は定型化をもたらし、その極限現象とでも云うべき約款が出現するのである。約款を法規範と認めるなら、商的色彩論からは、それが商法の法源に入るのは当然であろう。<sup>(4)</sup> しかし、約款という独占段階の新現象を見るに至った現段階から、商法の独自性を再検討しようとする場合、商的色彩論は果して資本主義社会の法としての商法の核心を突くものであろうか。われわれは、博士の商法理論の基礎にある資本主義観そのものから検討する必要がある。

二、博士の商法学研究の目標の一つは、「経済的に時空の制約の下にある商法を研究するのみを以て満足せず、時空の差異に従って影響せられない普遍的な商法を求むるのである。其の本質は原始時代の商業にも、中世の都市経済時代にも、又現在の如き発達したる国民経済・世界経済における商業にも等しく妥当すべきものでなければならぬ」<sup>(5)</sup>と、自然法学者らしく表明される。たしかに、営利活動の見られるところでは、普遍的性格として商的色彩が認められるであろうし、商法の発達は商的色彩の発展過程であるといえよう。しかし、その発展過程において、「固有の商」のみならず「補助商」、「第三種の商」までをも含むに至り、また商業のみならず、製造業、ことに現今では第一次産業をも、商法の対象としていたる傾向を、普遍的、抽象的に商的色彩によって捉えても、歴史的・具体的に存在する法の本質把握は不可能ではあるまいか。さらに、近代市民社会の基礎法といわれ、そこにおける商品交換を規制する民法に対して、商的色彩に基づく独自性を説くことによって、博士の目標とされるように、取引実務の解説にすぎないような従来の商法学から脱皮して、学問たるにふさわしい商法理論の基礎を構築することができるのであろうか。

三、田中博士は、商的色彩の派生源を投機売買に求められるが、この見地からすれば商人は偶然の機会に利得しうるにすぎず、市場の制約を脱してより、多くの利潤を継続的に獲得せんとする商人は詐欺師にほかならない。したがって、異質の使用価値をもった商品の等価交換を環として物質面の新陳代謝を行なう資本主義社会において、この等価交換を保障する法と云われている民法に対して、商法の特異性は不等価交換を保障する法たる点に存することになる。たしかに、「前期的」独占資本の獲得する利潤や現代の独占資本の入手する超過利潤は、不等価交換によってもたらされるが、田中理論からすれば、全ての時代を通じて流通過程の内部でのみ行われる取引、即ち購買および販売から利潤は抽出されるものであるから、産業資本主義段階に比し、「約款」が使用されるに至った独占段階における利潤は、取引量の拡大と、購入価額と販売価額の差が量的に拡大された点で違いがあるにすぎなくなる。そして、約款は利潤の量的拡大に資する一手段とでも位置づけられることになる。

四、商的色彩論に対する疑問を総括すると右のとおりであるが、われわれは、まず、資本主義経済のメルクマールを確認した上で、これらの疑問点に立ち入ることしよう。本稿は法律学の研究であるから、経済学の研究成果を利用することは余計な手続と思われるかも知れないが、われわれは資本主義社会に妥当している商法を、考察対象としており、また、田中博士の資本主義観にまつわる疑点を明確にする上で、このような迂路を通ることも無意味ではなからう。

- (1) 田中耕太郎『改正商法総則概論』七頁、四三頁以下、『法律学概論』四一九頁以下、『商法学の任務』(『商法学一般理論』所収)三三頁、四三頁以下、『方法としての商的色彩』(前掲書)六五頁以下、『技術法としての商法』(前掲書)二八〇頁以下。約款法規説として独特の理論を展開されるものに米谷博士の見解があるが、本稿は田中・西原博士の所説を採りあげ、米谷博士については別に論ずる予定である。

- (2) 田中『方法としての商的色彩』(前掲書)七三頁、七六頁、八三頁。

- (3) 田中『法律学における『経済人』としての商人』(前掲書)三三五頁、『改正商法総則概論』四九頁以下。

(4) 博士は普通保険約款を商法の法源としておられる(『改正商法総則概論』一九三頁、『法律学概論』二九〇頁、『保険法講義要領』六七頁以下)。

(5) 田中「商法学の任務」(『商法学一般理論』所収)二三頁以下。

### 三 前期的資本と産業資本

一、「商人」の活動は決して近代のみに特有の現象ではなく、多かれ少なかれ世界史上のあらゆる時代と地域に亘って見い出されること、経済史学の検証するところである。「資本」の営みは「人類の歴史とともに古い」とさえ云われている。しかし、近代社会における「資本」は、生産のうちにその営みの基礎を持つのに対して、近代以前の「資本」は、生産から遊離し、それに寄生するという性格を持っている。近代社会における資本の典型が「産業資本」と云われるものであるのに対して、近代以前の資本の代表的形態は、生産から遊離した商業資本及び高利貸資本である。経済史学者によっては、後者を「前期的資本」と呼んで区別している。<sup>(2)</sup>

二、「産業資本」の運動を支えているものが、資本家対賃労働者という雇用にもとづく生産関係であり、賃金労働者の労働力が商品として売買され、生産のために使用されているということである。「産業資本」は、まずこういう意味において生産のうちにその活動の基礎を有している(Cf. 奴隷制・農奴制)。近代社会では、無限に繰り返される物資の生産⇄消費、つまり社会的物質代謝において、「産業資本」の運動を基軸としてなされている。われわれは、このような特殊歴史的な、近代社会に特有な経済構造を「資本主義」と呼ぶのである。<sup>(3)</sup> この特殊近代的な「資本主義」の根本的特徴は、(1) 商品生産が全社会的規模において展開されている、(2) しかも、単純商品生産ではなく、資本家が労働力を購入して行う(労働力が商品化されている)点である。

三、農奴制経済の上に部分的に見られた商品生産・流通、貨幣流通の基盤の上に開花した「前期的資本」は、その



利潤を、流通過程の内部でのみ行われる取引、即ち購買及び販売から獲得する。換言すれば、交換の量的比例關係が偶然的・投機的であり、いわば不等価交換であることによって、利潤を抽出する。流通が「兩極たる生産者」から自立化しており、したがって購買および販売に際し、商略や欺瞞によって利潤が抽出される。このような「前期的資本」は生産過程したがって再生産過程を含まぬことによって、再循環性を欠如し、その循環は当座性ないし間歇性を示す。利潤の獲得は非常に不安定である。

四、これに対して、産業資本の特質は前に記したように、賃労働による商品生産が全面的に展開され、資本の生産過程を内包するということである（労働力商品による商品生産を基礎とした商品經濟の自立化、全面的展開、商品形態の貫徹）。利潤は流通過程から不等価交換によって抽出されるものではなく、生産過程において作出される。近代社会において、産業資本こそ再生産機構（生産↓消費）の基軸をなすものである。前期的資本は經濟外的強制によって運動を行うものであったが、近代社会における資本は、既に成熟した全国的市場、成熟した價格組織を前提に、つまり価値法則の現象形態たる等価交換關係を基礎にして運動するのである。近代資本主義においても商業は重要な機能を有しているが、それは前期的資本のように不等価交換を狙いとするものではなく、産業資本の利害に従属して、その活動を補充、媒介する役割を演ずるにすぎず、しかも經濟法則に規定されつつ運動するにすぎない。兩極に分離したままの生産基盤に寄生しつつ、商略やペテンによって利潤を獲得しえた「前期的資本」と異なり、市場が整備され競争原理が働く産業資本主義段階では、投機売買により利潤を得ることは偶然的にしか起りえない。商法の自主性を探求するに、固有の商||投機売買に基礎視点を向けることによって、資本主義社会の法としての商法の本質を把握することは出来ない。

(1) M・ウェーバー（梶山力、大塚久雄訳）『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』上巻五二頁以下。なお、このような史実については、M・ウェーバー（黒正巖・青山秀夫訳）『一般社会経済史要論』第二章（第四章参照）。

- (2) 「前期的資本」については、大塚久雄「いわゆる前期的資本なる範疇について」(大塚久雄著作集三卷)二七頁以下、  
「前期的資本の歴史的性格」(著作集三卷)四一二頁以下、「歐洲經濟史」(著作集四卷)五一頁以下、岡田与好「前  
期的資本の歴史的性格」(大塚久雄・高橋幸八郎・松田智雄編著『西洋經濟史講座』一卷)三五三頁以下。なお、本節  
の論述は、大塚教授の研究に負うところ大である。

- (3) 大塚「資本主義發達史の基礎視點」(著作集四卷)三〇七頁以下。とくに三九〇〜三二二頁

#### 四 商的色彩論批判

一、田中博士は「今日の經濟的文化の最高の絶頂における經濟的活動自体と雖も、手内職者が陰気な小部屋で為す  
經濟的活動、又は最も乏しき農夫の畑における其れと、實質及び本体において同一なるものであり、唯々恐ろしく拡  
大され、極端に深化され、驚ろくべく微妙化され、そうして驚ろくべく巧妙に結合されたのみである」とのフランチ・  
クラインの見解に同意され、資本制的な自由主義は、その故郷といふべき純粹な「經濟人」である商人の世界から出  
発して、契約自由の美名の下に、その住民に非ざる労働者に「經濟人」の精神と氷炭相容れないところの貴重なる人  
格から派生する人間の労働を目的とする雇用契約のようなものに推及され、ここでも商人の世界におけるように抽象  
化を行い、労働(労働力とすべし……筆者)を商品化しなければ止まないようになったとし、これをもって商人的精  
神の不当の越権であると説かれる。資本主義に対する鋭い批判を含みながら、このような論旨こそ、博士が資本主義  
の本質を、十分に把握していないことを如実に示している。

二、賃労働による商品生産が、資本主義のメルクマールであるとはいえ、法の世界には生産過程そのものは現われ  
ず、生産過程を包摂した資本の流通過程Ⅱ再生産過程たる商品交換過程しか見出し、その際においても、各  
活動分野における資本の具体的あり方(産業資本、商業資本、利子生み資本)産業資本の姿態転換した具体的あり方

(貨幣資本・商品資本・生産資本)は問題でなく、産業資本といえども商品交換に現われる限りにおいて、商業資本とともに「商人」としてしか規定の対象とならない。わが商法の規定をみると、第二次産業の原料の購入、製品販売は投機売買(五〇一条一号)として商行為に含められ、第一次産業についても、「資本制的経営」即ち、賃労働による生産を如何に大規模にしたいようとも擬制的に商人とされるにすぎない(四条二項)が、このような法規の現象面にとらわれて商法の本質を理解してはならない。

三、産業資本主義確立以後の段階においても、否この段階以降においてこそ、営利追求が自己目的化され、集団性と個性喪失という所謂「商的色彩」は、ますます濃厚になるが、それは商法が規定するように資本制商品——歴史の上、これまでの奴隸制・農奴制経済の下で展開された商品交換に比すべきもない程に大量の商品——の販売が投機的になされるからではない。近代資本は全国的市場を足場として、経済法則に規定されながら、競争と信用を楨杆として合理的に生産・再生産を行なう中で、大量生産・大量流通をもたらし、そのことが集団性と個性喪失に、拍車をかけるのである。資本主義の確立以前においても、商品生産・流通が盛んになるにつれ、集団性・個性喪失の現象が現われたことは否めないが、そういう「商的色彩」を投機売買から演繹し、これをもって近代市民法の基礎法たる民法に対する商法の自主性を説くことが、如何に非歴史的・非科学的であるかは明らかである<sup>(4)</sup>。

四、従来、「商法典は………法典の形でなされた商に必要かつ有益な、最も種類の異なる法律制度及び法律規定の寄せ集め」にすぎないとされ、商法とは商法典が商と定める事項に特有な法規の全体である<sup>(5)</sup>。とする見解が説得力をもって通用していた時期に、田中博士が商法全体の統一的・総合的考察を手がけられたことは、商法学史において絶対に無視することのできない業績であつたし、わが国商法学の基礎構築に大いなる影響を与えられたことは事実である。博士はこの課題を、固有の商にだけでなく補助商・第三種の商に至るまで広く視野を向けて試みられ、民法に対する商法の独自性を法律事実の差異にではなく、一般私法上の生活と商的活動との差異に、即ち内容的な差異とし

てではなく、純形式的なものとして把握されたのである。主体・客体・行為の面における対象の同一性を指摘されながら、つまり民商法の関連性を暗示されながら、「商的色彩」という現象面しか捉ええなかったのは、結局、博士が資本主義制度の本質を十分に把握していなかったこと、そして、より根底的には、資本主義社会と法の構造連関を基礎にして商法の本質を探る、という問題意識が明白でなかったということに帰因する。そのために、民法が資本主義法の根幹をなすこと、つまり、民法の中に、既に「資本」の運動が保障されている点を看過し、一般私法上の生活は、商的活动が有する特色を有せず<sup>8)</sup>、營利の目的が直接に法律上の意義あらしめられるのは、商法において初めて存する事柄であり、一般私法においては法律上の意義を有しないとして、民法からは価値増殖の側面  $G-W-G$  を追放してしまい、また、商法が  $W-G-W$  なる、使用価値の転換にも関係する法であることを無視し、商業資本の運動  $G-W-G$  のみ目を向け、あたかも利潤が流通過程から抽出されるかの如く考え、資本と労働力・資本相互間・資本と消費者・労働者との関係を、民商法が補完し合って規定している点は理解されていない。つまり、民法と商法が相俟って、資本制生産関係＝資本の再生産運動を保障しているという<sup>10)</sup>、立体的な構造連関を把握できなかったのである。要するに、民法典と商法典との形式的区分に目を奪われ、近代市民法の抽象性・虚偽性に幻惑されて、その基本構造を捉えることができなかったのである。<sup>11)</sup>「商的色彩」という現象的、直観的把握ではなく、その背後に貫くところを探らなければならなかったのである。<sup>12)</sup>

- (1) Franz Klein, Die wirtschaftlichen und sozialen Grundlagen des Rechts der Erwerbsgesellschaften, 1914, S. 38  
 (2) 「組織法としての商法と行為法としての商法」(『商法学一般理論』)二三八頁以下。

- (3) 「法学における『経済人』としての商人」(前掲書)三四四頁、三六二頁以下、『法学概論』四二二頁以下。

- (4) 博士は「各種の商を支配する精神は総て固有の商の中に見出される。この故に固有の商を商法学における演繹の出発点とすることは決して不当ではない」(「法学における『経済人』としての商人」前掲書三三五頁)と考えておられる。投機性は前期的資本のみならず近代的資本にも見い出されるが、それが経済外的強制に媒介されているか、経済法

則に規定されているかという、決定的モメントを欠落させてはならない。

(5) Lehmann—Hoeniger, Lehrbuch des Handelsrechts, 1921. S. 2,

(6) 例えば、竹田省『商法総則』二〇頁。

(7) 「法律学における『経済人』としての商人」前掲書三三三頁。

(8) 前掲論文同頁。

(9) 前掲論文三三六頁。

(10) 民法を商品交換の法・等価交換の法と規定する立場に対して、われわれが、資本の流通過程・再生産過程たる、商品交換を規制するものと捉え、商業信用・資本信用をも規制する端緒形態であるとし、民法も資本の法であるとする点については後述する。

(11) 例えば、「取引法においては物の価値が個々の物自体より遊離し、物は商品 (Ware) として取扱われ、物権の場合の如く、其の物の使用価値ではなく其の交換価値 (Tauschwert) が問題となる」(「法律体系中における商法の地位」前掲書一一頁)とか、「商人は物の使用価値ではなく交換価値が問題である」(「法律学における『経済人』としての商人」同書三三五頁)とされているが、その場合に「価値」をどのように理解されているのが重大な問題である。「価値」の実体が把握されていない限り、商品の二要因 (使用価値と価値)、商品に対象化された労働の二重性は理解されず、したがって、商品、貨幣・資本の物神性・つまり、資本制生産関係の神秘性の内奥をのぞき見ることは不可能であり、資本制経済と法との連関構造はないがしろにされてしまつてであらう。また、所有権や物の「使用価値」についても、封建的農業社会と比べた場合、資本制商品交換社会においては、その意味が異なっていることに注意する必要がある。つまり、資本制社会では、所有権は「資本」として商品や貨幣の形で徴表される抽象的な「価値」支配権である点に第一義的な意味があり、物の具体的有用性は商品の需要者を交換関係に誘引する機縁に転化している。市民は商品・貨幣の所持者として、商品交換関係に立つが故に、あるいはたたねばならないが故に、等しく抽象的な「法的人格者」として主体化されたのである。ところで、商品交換社会では、物の使用価値ではなく、交換価値が尺度となり、商業資本は商品の使用価値に拘束されなはいえ、すべての「商人」が使用価値に無関心ではありえない。法律上、「商人」として、生産手段・生産要素の需要者の立場で交換関係に登場する産業資本にとっては、商品の使用価値も問題なのである (生産資本)。商法は「商業使用人」の代理権の側面にしか関心をもちないし、労働法が分化した今日、

労働関係は商法の規制対象ではないが、とくに労働力商品については、その使用価値が価値形成・増殖の源泉である点にこそ、関心を寄せていることを度外視してはならない。労働力商品のこの特殊性こそが、等価交換に基づいたとしても利潤を作出する基礎であり、労働者も市民として法的な人格者たりうる根拠である。労働力商品の購入によって、貨幣は資本に転化し、価値増殖を自己目的とする運動を開始するわけである。

(12) 田中博士の「商的色彩論」を支持して、民商法の対象の同一性を認め、商法上の制度は民法上の制度のある一側面の、一方ではより抽象化への他方ではより具体化への発展のうちに、その特異性をとらええ、これを量的差異とするものに、三藤正『商人』（法学理論篇）がある。

この説は、所有権に「資本」としての作用を認め、また民法も企業法であるとする点で、田中博士の見解を深めているが、民法と商法との関連性の指摘は近代市民法体系の枠内での考察に終り、市民法上の諸制度のもつ「資本」性の洞察という問題意識によるものではない。そのために市民法と資本制経済との個々の関係を指摘しても、その総体的な連関構造を把握していないし、また商品形態と法形態の関連性・労働力商品と労働者の法的な人格者性との関係にまで立入らない。したがって、この点に関しては田中博士のレヴェルに止まっている。

## 五 企業法論の抬頭

一、田中博士の商的色彩論に対して、商法の対象を生活関係の内容によって確定しようとする立場が説かれ、近時有力となっている。<sup>(1)</sup> この説は、一つの法域における法律秩序の特異性と統一性とは、対象たる生活自体の特異性と統一性に由来するものと考え、過去・現在および将来の発展を通じて妥当する商法の対象を「企業」の概念に求め、商法とは企業生活に関する特異な法秩序、具体的にいえば、企業の特異な機構と特異な商品流通面を規制する法と把握する。

二、この立場では、民法が企業や一般個人の経済生活、取引生活を含めて、私法生活関係を一般的に規律するのに対して、商法はそのうちの企業に特有な面を規律する、という意味で独自性を有することになる。しかし、民商法と

もに、私有財産の保持増殖の承認と各人の自主的行為による運行を前提とする経済組織の下における、経済生活、取引生活を規律するとして、両者の地盤たる生活関係の関連性は認められる。<sup>(2)</sup> ただ、商的色彩論とは違って、集団性・個性喪失・そしてこれらの性格の基礎と見るべき営利性については、民法の対象たる生活関係にも附着していることは否定できないとして、このような性格を平面的に取り上げるだけではなく、即ちこれらの性格そのものではなくてそのあり方、その存在の態様ないし形式を問題とすることによって、商法の独自性を把握せんとする。<sup>(3)</sup>

これらの性格の存在態様ないし形式を「企業」とし、社会生活における当事者間の財産の帰属およびその変動、消滅に関し、民法が個性を完全に喪失した抽象的、一般的な人格者を中心にして規制するのに対し、商法は資本の活動組織体である企業という、営利性なる特殊の属性を帯びた、具体的、特殊な人格者の視点から、構造的かつ機能的に規制するものと理解する。即ち、対象たる人間型の相違として捉える。<sup>(4)</sup> このことから、商法は「企業」という特殊な権利主体の形成と、これに帰属する特有の権利、義務の発生、変動および消滅を規制するもの、要言すれば、企業生活に固有な法規を対象とすると結論されている。

商法企業法論は、単に設備または人格に関する面での特殊性（例えば、商業登記、商業帳簿、商号、会社）を認めるだけでなく、企業の活動面、契約の面についても生活事実の具体性を認めている。その代表的事例として、交互計算、匿名組合、保険契約があることは明瞭なるも、売買、寄託、留置権などについても、同一種類の生活事実に対して異なった立場から規制したものはあるが、企業の機能と一般民法発達の現状との関係から歴史的に捉えれば、企業に固有なものとしての性格があるとされる。<sup>(5)</sup>

三、要するに、企業法説は、商的色彩説が対象たる生活事実の全面的同一性を唱えるのに対して、企業に固有な特殊の事項があり、心ずしも全てが民法によってカバーされないし、同一種類の事項について異なった立場から規制する場合でも、商法上の概念や制度が常に必ずしも民法の中に上位概念を見出すとは限らないし、たとえそれが見出

されるところも、民法上の概念が具体的な生活事実の裏付けのない形式的、抽象的なものにすぎないならば、民商二法の対象たる生活事実の同一性は認められないとするのである。

(1) 周知のように、企業概念を中心に商法を把握しようと試みたのは Wieland, Handelsrecht, Bd. I, 1921, insb. S. 143ff. であり、これに触発されてわが国でも、ことに西原博士によりこの角度からの商法学の体系化が試みられた。商法企業法説は、今日わが国の通説となっているが、この立場から約款を商法の法源に入れるのは少数である。

(2) 西原寛一「企業法論の任務と方法―商的色彩論と対比して」(『私法学論集』下) 六三二頁。

(3) 西原 前掲論文六二頁以下、とくに六二六頁、六二七頁。

(4) 西原 前掲論文六二頁、六二七頁、六三〇頁。

(5) 西原 前掲論文六一四頁以下、六三〇頁以下。

## 六 企業法論批判

一、西原博士の企業法論は、商法解釈学を目的とするものであるが、それは経済的、歴史的考察方法を重視するものとされる<sup>(1)</sup>。しかし、解釈学上論理体系を築くということに主眼が置かれていること、したがって、解釈の対象となる法が「資本主義社会の法」であるということには特別の顧慮はなされず、「資本主義社会の法」としての商法の位置づけ、構造的連関の把握は欠落せざるを得ない。実定法を論理整合的に構成し説明することが、解釈学の目的であるから、ここに得られる自己完結的、論理整合的な体系と社会的総過程との関連が、方法的に視野の外に押しやられてしまうことになる。<sup>(2)</sup> そのため、経済的、歴史的的方法による把握も解釈の補強手段と化し、経済的、歴史的考察は十分に浸透しきれないのである。<sup>(3)</sup>

博士は、過去、現在および将来へと発展して止まない商法の対象の中に、「企業」という普遍的な、経済上の概念



を求め、商法Ⅱ企業法とされる。しかし、経済的、歴史的視点の欠落は、人類の歴史とともに古い企業Ⅱ資本が、各時代の生産力、生産関係の相違により、その組織形態、運動様式を異にする点を捨象して、「企業」の名の下に一括してしまうおそれがある。勿論、博士は、時代遅れのかび臭い「商」概念に代えて、今日の産業社会に適合するものとして、「企業」概念を設定される意図であらうし、「企業」をもって「私経済的自己責任負担主義の下に、継続的意図を以て企画的に経済行為を實行し、これによって国民経済に寄与すると共に、自己及び構成員の存在発展のために収益を挙げることを目的とする、一個の統一ある独立の経済的生活体」と定義づけられる。これらの点を考慮すると、資本主義社会における「企業」が対象とされていることは判明する。しかし、そこに見られる「企業」の定義は、解、釈、学、上、の、理、念、に、よ、つ、て、色、づ、け、さ、れ、て、お、り、「資本」としての企業の実体は十分に把握されていないし、このために、「過去から現在へ、現在から将来へ」の時間的経過を、資本主義社会に限定してみても、資本主義の発展段階としての意味は読み込めない。

二、資本主義の初期段階においても、株式会社形態は見られたが、その実体はパートナー・シップであり、個人企業の域を出るものではなかった。しかるに、その後の生産力の発展は生産規模を拡大し、さらに競争の原理が働いて生産の集積、集中、したがって資本の集積、集中、に拍車をかける。この過程を「信用」が媒介することにより、一九世紀末（一八七〇年代以降）大不況期の中から独占的企業としての機能、即ち「資本の集中」と「支配の集中」機能を十全に発揮する株式会社が誕生した。<sup>(7)</sup>今日、われわれの目前に在るのは、多数の前世紀的な中小企業、同族企業のみならず、少数の独占的大企業であり、これら極少数の巨大企業こそが市民社会の物的新陳代謝の中枢部を支配しており、「企業法」もこのような独占資本の運動を保障するものへと発展したのである。右のような経済的、歴史的視点とその法形態への反映を看過して、「普遍的な」――まさに「普遍的な」――「企業」概念をもって、商法の独自性を主張してみたところで、「それは単に自明の事実の一面を指摘しただけであり……一種のタウトロギーであ

り、問題の一步進んだ解決にはなっていない。……商法学上 nichtsagend である」<sup>(8)</sup>との田中博士の批判は、博士とは別の意味で、当たっている。

三、西原博士の商法論に経済的、歴史的視点が欠落していることの影は、約款を商法の法源として位置づける場合にも現われる。約款の規範性を前提とすれば、企業法説からは、約款が企業に特異な商品流通面を規制する法として、商法の法源に含まれるのは当然のことであろう。しかし企業に特異な商品流通面を規制する、という前提条件の下に、形式的、機械的に商法の法源に入れてしまえば、約款が独占段階に特異な現象であること、「資本としての所有権」の最高の発展形態たる株式会社とともに、前世紀末から見られるに至ったこと、は視野の外に放置され、独占企業の発生とともに、従来の商法規定の外に、「経済の自成法」として、約款が生み出されたことの経済的・歴史的意味は検討されないままである。西原博士の論及の中で右の関連性を敢えて求めれば、約款の法規範性を論拠づける際に、「企業の維持強化」という独占段階のイデオロギーを援用されている点<sup>(9)</sup>であるが、問題は、このようなイデオロギーが、何故に独占資本主義段階に登場して来るのか、に存するのである。法解釈学者として、このイデオロギーを当然のこととして援用される博士の立場からは、資本主義社会との、また、既存の取引法規定との関係を問わぬままで、約款は商法の中に包摂されている。

四、このように、企業法論の立場から、約款が機械的、形式的に商法に属せしめられるのも、結局、この立場は抽象的な「企業」概念——そこに中小企業もあれば巨大企業も含まれることを捨象して——を共通項として、無反省的に商法を企業に特異な機構と、企業に特異な商品流通面を規制する法規範<sup>(10)</sup>だ、と規定する点に帰因する。商法企業法論は、民商二法の対象たる生活事実の差異、人間型の相違により法域を区分し、「民法もまた企業に関する法だといえないことはないが、民法における人は私有財産の主体として、普遍的、抽象的に捉えられているにすぎないし、また生活を動かす営利精神にしても、民法においては偶然的・潜在的であり、その顕在的な場合にも個別的、非組織的

である。さらに、生活の実現においても民法は断片性、小量性を包容している。したがって、企業のみを対象とし、必然的、顕在的な営利精神が反復継続性、大量性をもって現われることを保障するところの商法が民法とは別に必要である<sup>(11)</sup>とする。この立場は、一つの法分野における法律秩序の特異性と統一性は、対象たる生活自体の特異性と統一性に由来するもの<sup>(12)</sup>、と考えるのであるが、そこにある「生活の特異性と統一性」も、反復継続的な、大量的で顕在的な営利性という、現象的なものとして把握されているにすぎない<sup>(12a)</sup>。このような現象的・平面的理解は、企業概念の「抽象的」把握と表裏一体をなしており、そこにも西原博士の理論的基礎に、経済的・歴史的視点が落ちているという、重大な欠陥が尾をひいている。

五、博士は、商法規定に比し、民法においては営利精神の発動を偶然的・潜在的に、あるいは個別的・非組織的にしか保障していないとし、民法上の法的人格は抽象的であるとされるが、これは資本主義社会と法の連関構造を抜きにして、法規定のみを眺めたために、近代市民法の「抽象性」に幻惑されたのである。

たしかに、民法上の法主体は企業、非企業の区別なく、法的人格者一般が抽象的に捉えられているが、この外にも所有権は価値支配権として、契約は意思の合致として、一般的・抽象的に把握されている。所有権・契約・法人格が抽象的に捉えられるのも、資本制社会では、資本（その具体的な姿態たる貨幣・商品）の本性が、抽象的な（同質の）「価値」の増殖を自己目的とするものであり、資本の流通過程＝再生産過程において顕現する一切の社会関係は、貨幣と商品の所持者の関係として展開されるからに他ならない。そこでは、「価値」が中心に位置し、この抽象的な（同質の）「価値」を尺度として商品生産・交換が展開され、社会の物的新陳代謝を支えることにより、同時に資本の再生産が可能となることこそが、所有権を「価値」支配権として、物の具体的有用性を抽象して捉えしめ、さらに資本の流通過程に不可欠な要素たる、法主体・契約をも抽象的に（同質の）、平等な「法的人格者」の、自由な「意思の合致」として構成させるのである。商品生産社会においては、生産者の社会的生産関係が、生産における人と人との関係

としてではなく、生産物(商品)と生産物(商品)の社会的関係として現われる(人間関係の物化)。つまり商品の価値関係は商品生産者の純粋な社会関係であるが、物的外被(商品形態)をまとして現われる。抽象的人間労働は価値を形成するが、それが物に對象化されて初めて価値となる。したがって、商品交換を通じて結ばれる社会関係は、物(商品)と物(商品)の交換関係として現われざるを得ない。ところで、商品交換が現実になされる場合に、市場に登場する商品所有者は、自由意思に基づいて、主体的に行動するかの如く映ずるが、彼の主体性も、その実は、右の物と物との交換関係の反映にほかならない(物の人格化)。要するに、法的人格者の自由意思関係は、商品の物的関係の人格化だったわけである。法主体が、近代市民法において法的人格者として、抽象的・形式的に捉えられるのも、抽象的な(同質の)「価値」を對象化した、商品の所有者として交換関係に参加し、価値実現に加担するが故に他ならない。<sup>(13)</sup>

六、西原博士は、民法における法主体の抽象性を指摘されるものの、商品生産・交換との関連性を不問に付すために、<sup>(14)</sup>形式的に平等な「法的人格者」概念は、近代市民法上当然のことと解され、その虚偽性が無視される可能性も出てくる。無前提に民法上の法主体の抽象性のみを指摘し、そこから、民商法の対象とする人間型の相違を導き出せば、民商法の資本主義法としての連関は切斷され、企業にも非企業にも妥当する抽象的な民法は、あたかも、資本主義法としての形態・実体・本質を具備しないかの如く解されるであらう。一切の商品所有者を「法的人格者」として抽象的・形式的に法主体たらしめる近代法は、その存在そのものが商品である労働者(商品人間)をも、「市民」として、法的人格者に加え、労働力商品の所有者として交換関係に立たせている。ここに、貨幣は資本に転化し、資本の人格化にすぎない資本家と労働者——一般消費者間の、また資本家相互間の商品交換を通じて、資本の再生産が可能になる。民法は、市民相互間のただ単なる商品交換関係を規定するのではなく、「資本制商品」の交換に関する法であり、この「資本制」という規定は労働力商品においてまず発現し、これが賃労働による生産物をも「資本制」商品として規定する。労働者が、本源的蓄積過程を経た生産手段の所有者に、労働力を売却することによって、彼は<sup>(15)</sup>

資本家の所有する商品を購入し、比喩的にいえば労働力商品を再生産することが可能となり、資本の再生産も保障されるわけである。このように、民法は貨幣の資本への転化と、資本の再生産の保障の基点をなしており、自由で平等な「市民」相互間の法律関係の規制以上の機能を發揮している。しかも、それは偶然的なものではなく、労働者を「市民」として、法主体たらしめたことの必然的帰結なのである。抽象的・形式的に平等な「法的人格」も、実は労働力商品と資本の人格化であり、等しく「価値」支配権とされる所有権も、労働力商品、およびその再生産に必要な生活必需品の所有権と、「資本としての所有権」、つまり、生産手段の所有権・剰余「価値」支配権であり、また、契約なる概念の下に一樣に総括される「自由意思の合致」にしても、労働力の再生産のためのものと、資本の再生産のための手段であり、右の具体的相違性を捨象し、社会関係から遊離するところに、近代法の「抽象性」、虚為性が指摘される。一見、偶然的で潜在的・断片的にしか資本の運動を保障しないかの如き民法は、その実、資本の運動が反復継続性をもつてなされうるだけの基礎を十全に設けている。そして、このことが近代市民社会の基礎法とされる民法をして、資本主義法の根幹をなすものと解されてきた所以でもある。

商法の独自性を徴する「企業」は具体的法主体で、民法の法主体のみが「抽象的」<sup>(16)</sup>なのではない。商法典の中心対象たる資本集中体は資本の人格化にすぎず、民法典上の法主体と同様に「抽象的」なのである。本節では近代市民法の抽象性に関連して、企業法論の総論的・根本的批判をなしたわけであるが、次節においては、西原博士の説かれる様な営利精神の発現の差異が民商法の法域を区別せねばならぬ程のものか否かを、商行為・手形・会社法に関連して、各論的に批判検討しよう。

(1) 西原「企業概念の実定法的適用」(竹田古稀記念論集)六五頁以下、「企業法論の任務と方法」(私法学論集下巻)六〇八頁、六一〇頁、六一二頁、とくに六三五頁以下。

(2) 原島重義「民法規範の抽象的性格について」法政研究二九卷一―三合併号二二頁、三五頁。

- (3) 西原商法学の限界性については、岩崎稜「戦後日本商法学史所感」法律時報四一卷三号八頁、九頁。
- (4) 西原「企業法論の任務と方法」(私法学論集、下)六〇八頁。
- (5) 西原「商法概念としての企業」(田中還暦記念論文集)四頁以下。
- (6) 西原「日本商法論」一卷一八頁、『商法学』二二頁以下。
- (7) 詳しくは、ヒルファーディング(岡崎次郎訳)『金融資本論』上、第七章、中村通義『株式会社論』第二章、第三章、戸原四郎『ドイツ金融資本の成立過程』、石崎昭彦『アメリカ金融資本の成立』、生川栄治『イギリス金融資本の成立』等を参照のこと。
- (8) 田中「方法としての商的色彩」(商法学一般理論)七八頁以下。  
また、商的色彩論を支持し、民法も広い意味での企業法だとされる三藤教授からは「商法」企業法論は、その意図とは反対に、却って、商法の対象の民法の対象に対する特異性を抹殺することになりかねない」との批判(前掲書六三頁)が出るのは当然である。
- (9) 西原『日本商法論』一卷一八三頁、『商法学』九七頁、『商行為法』五三頁。
- (10) 西原「企業法論の任務と方法」(私法学論集、下)六一四頁。
- (11) 西原「商法概念としての企業」(田中記念論文集)八頁以下。
- (12) 西原「企業法論の任務と方法」(私法学論集、下)六〇八頁。
- (12a) 企業法論の帰するところも継続的・大量的・顕在的な「営利性」にあるとすれば、商的色彩論との間にある差異は、商法を研究するに際しての、問題意識の違いによるものであって、両者の捉える対象や、その把握の深さにおいて大差はない。
- (13) 商品の物神性に注目しつつ、近代法形態における商品形態の反映としての、法主体の抽象的・形式的平等性を理論的に解明するものとして、パシュカーニス(種子恒夫訳)『法の一般理論とマルクス主義』第四章「商品と主体」、加古祐二郎「社会定型としての法的主体に就て」(『近代法の基礎構造』所収)。
- (14) パシュカーニスは、法的人格の基礎を生産関係を抜きにして、商品流通の裡に求めた点は、既に批判されているとおりである。法的人格の抽象性を探る際に、商品交換関係から出発するとしても、経済学の論理的端緒たる商品の意味が反省されていなかったことが、パシュカーニスの重大な欠陥をもたらしたのではなからうか。つまり、抽象的な法的人格

者であると同時に商品でもある存在、即ち、労働力という資本制商品から出発してゆけば、商品交換関係もただそれだけのものに止り得ず、資本の再生産過程に位置を占めること、さらに商品形態と近代国家形態の関連、国家と法の階級性にも到達しえたのではなからうか。なお、経済学上の論理的端緒の問題や認識主体の問題、さらに「資本論」を論理学・哲学としても読むことの必要性については、『ヘーゲル哲学と資本論』、『経済哲学原理』、『資本論への私の歩み』等の一連の労作の中で、梯明秀教授によって夙に指摘されているところである。

(15) 尤も、民法上は商品人間としてではなく、近代的人格者の労働対賃金の交換契約（雇傭契約）という粉飾を施している。ただ、雇傭の本質が労働力対賃金の交換関係であるにしても、法解釈学上それを労働力商品の売買として構成するか否かは、また別の問題である。なお、この問題に関して売買説を提唱されたものとして、山中康雄「労働契約の本質」季刊労働法七号二三頁以下。

(16) 「抽象的」という言葉の内容は、西原博士とわれわれの間で異なっている。博士は単に「具体的」に對置されるに過ぎないが、われわれは商品の交換価値の抽象性と、商品が資本の具体的な一姿態である面の捨象性とを含意させている。したがって、商法の規定が「具体的」になっても、商法の「抽象性」は消滅するところか、ますます濃厚になってゆく。この点については後述。

## 七 民商法二元論批判（その一）

一、民法は非資本相互間の、即ち小商品生産者や生産手段非所有者相互間の関係をも規定しているとはいえ、前節で見たように、それは商品交換を通して資本の流通Ⅱ再生産過程を保障するという、資本主義私法の基本的内容を明確に含むものである。民法の規定するところは、一見、営利精神の発現が薄弱ではあっても、その発現が偶然的・潜在的・非継続的である、とはなしえない。勿論、商法の規定と対比すれば、明らかに見劣りのするものであるが、そのような対比をする前に、民法も資本の再生産を保障するにも拘らず、営利精神の発現が偶然的・潜在的・非継続的とし映じないのは何故なのか、を認識しておかねばならない。この点については、市民法の「抽象性」Ⅱ「虚偽

性」の問題として、既に論じたところから解答を引出せば足るがさらに、民法が非資本相互間の財産関係にも適用されること、並びに、民法規定中には前近代的残滓が盛り込まれる、という事情も加わっている。この最後の事情は度外視するとして、ここで新たに検討しておかねばならないのは、大陸法系にあつて近代市民法を民法典と商法典とに区分した基準は「商行為」概念であつたということである。

近代市民革命の思想的基盤の上に立法された近代市民法は、「市民社会」の法として、自由・平等な「市民」相互間の一般的な社会関係を規律する民法に対して、特殊な社会関係を「商行為」なる概念の下に一括し、これを商法として規制したのである。したがって、このような商法規定と対比すれば、西原博士の指摘されるような現象的差異が見出されるのも至極当然のことである。あるいは、今日の商法は「商行為法」主義から新たな「商人法」主義に移っているとの反論がなされるかもしれない。たしかに商法についてはこのような変遷を辿つてはいるが、「商行為」概念を基準にして、民商法を区分したことの名残りは、民商法の存在そのことの中に見られ、商法がたとえ「商人法」になろうとも、民法が非「商行為」法を母胎とすることは消去されていない。民商法の区分が形式的になされ、資本主義法としての観点からなされたものではないのであるから、資本主義の発展に應じて「民法の商化」が見られるとはいへ、経済の発展をストレートに反映している商法と、民法一般(非資本相互間、非資本と資本間、資本相互間の関係に適用される民法一般)という形で対比することは意味をなさない。そういう対比をなす前に、既にその解答は出されている。問うに値するのは、資本流通を保障する民法と商法との差異でなければならぬ。

商法解釈学の視点から企業法論を説かれる西原博士の立場にとつて第一義的なことは、解釈学上の理論体系を構築し、また解釈理念を導出することであつてみれば、民法一般との対比による現象的差異の把握でも十分であろうが、資本制経済と法の連関構造を踏え、その基礎の上に実用法学の正しい指針を求めんとするならば、現象の奥を探り、民商法を区分する基準と、区分する意義そのものを検討しておかねばならない。



二、民法が勞働力商品を扱い貨幣を資本に転化する契機を保障していること、そして、近代的所有權は單なる商品所有權に止まるものではなく、資本としての機能を発揮しうるものであること、などは既に述べた。しかしながら、近代的所有權は「商品」形態に規定されて、「商品」所有權として交換価値に重きが置かれ、所有權のもつ資本性を前面に出さない結果、「一人一權主義」<sup>①</sup>が採られ、西原博士の指摘されるように、資本の個別性・小量性・非組織性という制約を受けている。

生産力の發展につれ生産規模が拡大することは、總資本についてのみならず、個別資本においても見られるところであるが、競争と信用がそれに拍車をかけてくる。ここに資本の個別性は桎梏を感じ、資本の集中を保障する法を要請してくる。資本としての所有權の矛盾（機能資本量の増大に対する所有資本の小量性）を解決する端緒形態は、債權（利息付金銭債權）として、既に民法中に見られるが、これは元本債務・利息債務という制約をもつものに過ぎない。ここに貨幣資本に解決を求める途から、複数の機能資本の合体という途が求められてくる。しかるに、「一人一權主義」は近代市民法上の所有形態を共有に限り、共有物分割請求權を認めて、持分權が何時にても單獨所有權に復しうるように保障している。<sup>②</sup>したがって、複数の所有權の結合体が資本としての継続的な営みをなすには、それに必要な限りにおいて近代的所有權を修正するか、あるいは單獨所有權に復しても差支えないような形態を採らなければならない。

前者の途を採るのが組合<sup>③</sup>であり、これに法人格を認めて一人一權主義の形態を装うのが我國の合名会社、合資会社である。しかし、これらの会社はその実体が組合であるために、社員權の譲渡は制約を受け、たとえ法人格を認められようとも近代的所有權（共有物分割請求權）の修正（制限）たる本質を失わない。組合・合名会社・合資会社にあっては共同所有者（社員）が原則として、機能資本家であり、相互間に意思の疎通を要するために資本の集中は量的に制約を被らざるをえない。

このような量的制約を排し、また近代的所有權に対する修正（制限）を、「近代的」団体所有に復せしめる形態こそ株式会社他に他ならない。それは、現実資本を株式会社なる法主体の所有としつつ（一人一權主義）、株主に対しては譲渡自由な証券 $\parallel$ 株式を発行することにより、投下資本の回収（価値実現）を保障するものである（共有物分割請求權の変形）。その際、利益配当が平均利子率によって擬制資本化され、株式は利子生み資本（貨幣資本）の機能が付与されて、取引の客体（商品）となる。要するに、株式会社は資本信用 $\parallel$ 利子生み資本の法則を媒介として、社会の遊休貨幣を動員することにより、資本を集中するとともに、無機能資本家を貨幣資本家に立ち戻らせることによって、支配を集中する制度である。株式会社が、私的所有の枠内で資本としての所有權の矛盾を解決した、高度の發展形態といわれる所以も、この点に存している。

株式会社は、既に民法において見られる資本信用を媒介に、多数の遊休貨幣を集中しながら、会社についても株主についても、なお近代的所有形態を装わんとするものであり、民法の組合に比べてより、社会化された所有形態である。そこには所有權と債權との綜合が含まれ、形態の發展が含まれており、これを資本の大量性・組織性という現象的差異のみで捉え、民法と区別するのは平面的であり、形式的に過ぎることは明白である。また、現象的差異性の中を貫く同一性（資本としての所有權）を認めるにしても、「より社会化された」点を捉えて、民法に対する独自性を説くことは、「同一性」の承認と相容れない。

商法の中でも民法との相対的独自性が最も顯著とされる資本集中体 $\parallel$ 企業形成・企業機構に関する分野についてさえも、それは民法上の端緒形態（金錢債權・組合）が非資本に対しても妥当しているが故に、この側面をも含めた上で初めて、商法 $\parallel$ 企業法となしうるにすぎない。民法の資本法たる側面のみを採り出して商法と対比するとき、民法も資本としての所有權の矛盾を解決するために、商法と同次元のものも含んでいるのであるから、民法と商法という形で区切ることは合理性がない。民法 $\parallel$ 端緒形態、商法 $\parallel$ 發展形態として区別することが、そもそも意味のないこと

であり、しかも商法の対象とされる合名会社・合資会社の実体が組合であつてみれば、右のような区別も不可能である。にも拘らず、敢えて民商法に二分せんとするのは、法解釈学上の体系構築の要請によるからに他ならない。

この点、商的色彩論に立たれる田中博士にあっては、民商法の法律事実の同一性を認められ、民商二法の規制内容の「次元」や「変形」を問題にされる限りに<sup>(5)</sup>ついて、われわれの立場に近いものがある。しかしながら「商的色彩」という感性的・現象的基準の非科学性の故に、民法の資本主義法としての側面をえぐり出しえず、したがつてまた商法と資本主義経済の関連を突きつめきれなかつた点において、企業法論と大差ないのである。<sup>(6)</sup>田中博士の見解が、われわれの立場と近似性を持つかに見えるも、企業法論が商法解釈学のために民商二法の区分をするという問題意識を明確に打ち出しているのに対し、商的色彩論では商法の総合的・統一的考察をなし、商法の普遍的本質を探ることに<sup>(7)</sup>主眼が置かれ、商法解釈学体系の構築のみを前面に出すものではなく、したがつて商法の独自性を何故に考察しなればならないのか、論者の問題意識が漠然としたものにすぎなかつたことによる、怪悞の功名にすぎない。

三、商品生産・商品交換の静態的モメントである私的所有権は、その動態的・社会的モメントとして契約を予定する。民法の規定する契約も商品の価値実現、したがつて利潤の獲得を保障するとはいへ、商法の規定と対比すれば、営利精神の発現が劣弱であることは否めない。西原博士の指摘されるように、商取引に関する商法の規定は民法に比して具体的であり、細目的である。しかし、このような現象的差異が見られるのも、結局は、先に言及したように民商二法を形式的・機械的に区分したことの反映にすぎない。前項で資本集中形態について行なつたと同様に、民法の資本流通に関する側面と商法を対比すれば、商法の規定に見られる迅速性・反覆継続性・安全性・合理性の顕著さは、民法上の取引のもつ「社会性」に比べて、商法の対象に採り込まれたものにおいては、より一層の「社会性」をもっていることがわかる。この「社会性」の拡大をもたらすものは「資本の論理の貫徹」Ⅱ「営利精神の発現」にほかならないが、その結果として田中博士の説かれるように、取引の主体・客体・行為の三方面において、集団性・

個性喪失性が現象する。それは經濟の發展、ことに商品(資本)流通・貨幣(資本)取引に關与して社会的資本の節約を図る商業資本・利子生み資本(金融機關)の介在に負うところ大なる、取引技術・取引制度の發展に対応して、法の規定に反映されてくる。

民商二法の規定に見られる差異は、資本の論理・営利精神そのものの違いではなく、その貫徹・発現の結果もたらされる取引の社会性の違い、取引の發展の違いにほかならない。民法も資本の再生産運動の保障をなすにも拘らず、営利精神の余すところなき発現、資本の論理の貫徹要求を十全に汲みきれないのは何故かを問うとき、それは民法が資本の運動のみならず、同時に非資本相互間の關係にも適用されるものであり、自由・平等な「市民」の生活關係を規律するというたてま<sup>え</sup>を採つたために、資本の要求のみを一方的に貫徹させえないのである。

前述の差異を根拠に、民商二法を区分しうるのも、解釈学的問題意識の下においてか、あるいは現象の指摘に満足する立場においてのみであり、民法の抽象性を認識するならば、非資本相互間に固有の規制をも含む民法一般と商法を對比することの無意味さは、繰り返し詳述するまでもない。

四、所有權は、その私的性格と利用の社会社という矛盾をもっている。つまり、所有している者のみが使い、使うものは所有していなければならないという、私的所有制度の下では、他人にとって使用価値をもつ商品を生産したが、その価値が実現されない間、つまり、購買手段として貨幣を入手しない間は、自己にとって使用価値たる他人の商品を取得することが出来ない。この矛盾解決の端緒形態は商品の前貸しであり、代金支払を後日まで猶予し、その間商品(の価値)を貸付けるところの信用取引である。

商業信用の、この端緒形態は売手・買手間の一個の取引に見い出されるが、商品生産・商品交換の發展は一連の取引系列の中に数個の債權・債務の連鎖を形成し、商業信用はその枠を拡大するとともに、一連の取引が順調に行なわれることによって、信用が高まってゆく。それは、一連の債權・債務を一個の支払いにより解決せしめ、支払手段と

しての貨幣の流通速度を増大せしめ、貨幣（資本）節約に資する。このような債権・債務の連鎖を具象化し、物化したものが手形にはかならない。そして、取引系列という枠や、個々の債権・債務の内容の差異がもたらす商業信用の発展への制約を取払い、商業信用の社会性をより一層発展させるのが、産業資本家の代表者としての役割を引受けるに至った銀行の担う銀行信用（銀行券・小切手）である。<sup>(8)</sup>

商品所有権の矛盾の、商業信用による解決は資本制社会に特有のものではなく、前資本制社会においても既に見られたところであり、一応の発展を示していた。中世商人により生み出され、利用されてきたこの制度を産業資本は更に発展せしめたのである。近代市民法は、商業信用の端緒形態を債権として民法において規制し、より社会化された商業信用を別個に規制している（<sup>商法あるいは手形法</sup>）<sup>(9)</sup>が、これは手形の利用を商人に限定する趣旨に出るものではない。にも拘らず、それが従来商法典の中に地位を占め、あるいは手形法として独立した後にも、商法五〇一条四号によって商法との関連を残しているために、手形（小切手）法が実質的意味の商法に入るか否か、が論じられている。この問題が採り上げられるのは、右のような形式的根拠のみに基づくのではなく、非商人の間でも、例えば消費者信用として手形が利用され、小切手の利用が増加してくる反面、資本の垂直的統合、大資本と弱小資本間の取引における掛売り・掛買いへの復帰、さらには銀行信用による予めの代位などにより、手形流通が減少し、<sup>(9)</sup>資本相互間の商業信用の連鎖という基盤から手形が遊離するような現象が見られることも、この問題提起の一因をなすものである。

田中博士が、手形関係にも商的色彩を認め、商法の組織法に位置づけられるの<sup>(10)</sup>に対し、企業法論の西原博士は、手形能力と商人性との法律上の必然的関連は夙に世界的傾向として絶縁され、経済上も一般人の利用が漸次増加する実状にある点に鑑み、民法の商化現象の一環として理解される<sup>(11)</sup>。田中博士が、手形制度は商人間において発展したものであること、手形が利用されるのは主として商業上の関係であること、をも考慮に入れられるの<sup>(12)</sup>に対して、西原博士

は、このような根拠づけで商法に入れる見解は、「法および法学を余りにも固定的に解し、その近代化・発展を無視するきらいがある」<sup>13)</sup>と批判される。手形関係にも見られる商的色彩を基準にして、これを商法に入れる点の非科学性は別として、田中博士の掲げられる根拠は企業法論においてこそ重視しなければならない点である。ただし、商業信用は商品経済さえ発展していれば容易に見い出されるものではあるが、それがより、社会性を帯びて、債権債務の連鎖をなすまでに発展するのは、商品所有権に内在する制約を桎梏と感ずる主体、即ち資本の営利精神に負うものだからである。つまり、債権債務の連鎖を形成し、一個の支払いによって決済することにより、貨幣(資本)の節約を図るのは、取引の決済のために準備しておかねばならない追加資本(空費)が、手形の利用によって利潤追求のために活用できるかにほかならない。今日、手形は非商人にも用いられているとはいえ、右に述べた手形の本来の機能を利用するためではないし、また、手形関係の一方当事者として非商人が現われる場合、他方当事者としては商人(資本)が登場しており、非商人相互間における手形の利用はほとんど考えられない。非商人が手形関係に介入するようになったとしても、手形の本質を揺るがすものではなく、手形が資本のための制度であることに変りはない。商法Ⅱ企業法論の立場においてこそ、手形は企業のための信用制度として、商法の領域に留めておかねばならない。にも拘らず、西原博士が手形法を民法の商化現象と捉えて商法から排除し、有価証券に関する一般私法として体系づけんとされるのも、解釈学的関心からの当然の帰結であり、そのために、経済的・歴史的考察に基づく手形小切手(商業信用・銀行信用)の背後にある社会関係の洞察という視点は、出てこないのである。このことは「有価証券」として総括せんとする態度が如実に物語っている。<sup>14)</sup>

ところで、手形・小切手は資本のための制度であるにしても、これを商法の領域に入れて独自性を認めるか否かは、たいした理論的意義を有しない。民法・手形法・小切手法に跨る信用制度の発展を、形式的機械的に切断し、二つの法域で独自性を主張しながら考察しても、平面的な理解しかなされないことは、資本集中や商取引の場合と何ら

異なるところがないからである。手形が取引の対象となり商品として扱われることによって、また手形（小切手）の流通の安全のために——貨幣節約という本来的機能を発揮させるために——貨幣に近い取扱いを規定する手形（小切手）法や法理論の中に、物神性がどのように浸透しているか、あるいは現実の社会関係がどのように転倒して捉えられるかの探求の中にこそ、法律学理論の課題がある。

- (1) 川島武宜『所有権法の理論』二〇一頁。
- (2) 川島・前掲書二一〇頁、山中康雄『共同所有論』（法学理論篇）三四頁。
- (3) 民法上の組合は資本集中体としてのみならず、非営利事業のためにも用いられるが、この場合には持分権についての制限は、必ずしも物権的になされる必要はなく、債権的になされてもよい。この点については、山中・前掲書一〇三・一〇四頁。
- (4) この点については、川島・前掲書二〇六頁、三三九頁以下、富山、『現代資本主義と法の理論』第一章、第五章、第六章、川合一郎『資本と信用』第四篇、などを参照のこと。
- (5) 田中「方法としての商的色彩」『商法学一般理論』八一頁、九〇頁。「商法学の任務」同書三二頁。
- (6) 田中博士は、企業法論では民法の対象の何たるか不明であるとされる（前掲論文七六頁）が、問題は商的色彩論も企業法論も、近代市民法の抽象性を捉えていない点にこそある。
- (7) 田中「商法学の任務」前掲書二三頁、三五頁以下。
- (8) 川合前掲書第二篇第一章、富山前掲書第二章、ヒルファーディング前掲訳書第三、四、五章。
- (9) 川合前掲書一四三頁以下。
- (10) 田中「方法としての商的色彩」『商法学一般理論』九六頁以下、『手形法小切手法概論』四五頁、一二七頁以下。
- (11) 西原『日本商法論』第一卷二九八頁、「企業法論の任務と方法」前掲論集六三四頁。なお、西原博士は、田中博士が民法の商化現象を認めながら、手形法についてののみ従来の地位に執着を示すのは、首尾一貫を欠く、と批判される。
- (12) 田中『手形法小切手法概論』二九頁。
- (13) 西原『日本商法論』第一卷二九八頁。

(14) 解釈法學上の「有価証券」概念における社会關係の欠落の必然性については、富山、前掲書第三章。

## 八 民商法二元論批判 (その二)

一、商的色彩論にしろ、企業法論にしろ、商法の相對的獨自性を主張する際の論者の問題意識は、法解釋學の視点から出されている。西原博士がこの点を明確にされているのに比べて、田中博士の場合にはやや曖昧であるが、博士の述べておられるように、商法の普遍的本質を商法上の概念の決定と交錯しつつ追求することが第一義的であるとすれば、生活事實の同一性を認める商的色彩論をもってしては、民商二法の截然たる区分は不可能となる。商的色彩論が商法の相對的獨自性を基礎づけて、商法學の獨自性を主張されるに至ったのは、従来の商法學に対する學問的な反撥を發条としつつ、民商二法統一論に対する理論的批判が視座にあったことによるが、民商二法統一論に対する商法の獨自性の主張は、まさに解釋法學的見地からのものでなければ意味をなさない。けだし、純粹に理論法學的關心からすれば、生活事實が同一で、商的色彩の付着が相對的・流動的なものである限り、民法と商法とに分斷することは不可能であるし、そもそも民商法を二分しようとの関心が生ずる必然性がないからである。自らの問題意識を、商法の普遍的本質探求にありとされるにも拘らず、田中博士の商的色彩論は民法典・商法典の区分を前提として、それらの諸規定を検討して引き出されており、行爲法と組織法という体系づけも法解釋上の指針としての意味をもつものである。商法の本質を現存の商法規定から歸納したとしても、その普遍性は今後検討を重ねて証明すべきものであるとの反論も予想されるが、それならば、そもそも何如なる問題意識の下に商法の普遍的本質を問うのか、最も根源的なところを明確にしておかねばなるまい。そうでなければ、商法の獨自性を問う際の問題意識も、また民商法に二分する基準も曖昧なものにならざるをえない。

商的色彩論に立たれる三藤教授は、民法も企業法の法たる側面をもつことを認め、「商法は民法の普遍性に対して、



民法のある特殊面において、しかもそこで特に量的に発展し拡大したものだという意味で、特殊性をもつ私法である。……両者の限界は流動的である。われわれが、民法の商化の可能性を語りうるのは、この故であり、又かかる關係にあればこそ、民商二法統一論がその論拠をもつものであるとともに、又却って民法に対する商法の自主性が正當に主張されうる理由がある」とされる<sup>1)</sup>。教授は商法の自主性を直接のテーマとされているわけではないが、民商二法の規定の流動性や対象たる事実の同一性を認める限り、商法の自主性を説く際の問題意識が明確でなければ、自主性が有るとも無いとも答えられるのであり、民商二法の区分が不可能であることを示す恰好の例を呈示している。

企業法論においても、民商法の規定対象たる生活事実の同一性を全く否定するわけではなく、そこに関連性のあることは認めている。しかし、この立場が民商法を区分せんとするのは、解釈学上の体系づけを志向するからであり、したがって二法域への区分も形式的、機械的になされざるをえない。この区分を行なうための基準としては、資本の背後の実体を捨象した、「企業」という形式的なものは絶好のものである。しかしながら、これによって形式的・機械的区分を行なえば、民商法が相補って資本主義法としての機能を果している側面は欠落してしまう。「商行為」概念が歴史的記念碑としての意味しか持たなくなった今日、商法総則・商行為について民商二法統一論が主張されるのも、由なきことではない。ただし、商法は企業相互間の取引のみに適用されるのではなく、民法は非企業相互間の取引を固有の対象とするものでもなく、両者ともに企業相互間・企業非企業間の取引にかかわるものであり、また、資本主義の発展とともに、いわゆる「民法の商化」現象が進行すればするほど、二法統一論の根拠も強まるのである。

民商二法の形式的・機械的区分は、資本主義法として二法が相互補完的に機能している点の無視のみでなく、民法上の諸制度・諸概念の背後にある「発展」のモメントを欠落させてしまう。民商法に跨る規定は取引の発展に対応しつつ、端緒形態・発展形態として生み出されたものであり、そこに関連性をもつものである。企業法論はこの側面を切り捨ててしまい、商的色彩論は「次元」や「形態」の違いを説くものの、その具体的内容には踏み込まない。こ

の兩形態の関連性を切り離した上で法域を区分し、行為法と組織法、あるいは企業法総論と企業法各論として体系づけをなすことではなく、民商法に跨って兩者の関連性を探求することから出発しなければならない。<sup>(3)</sup> 其の場合にも、單に經濟の發展に照応する私法の發展として記述するだけでなく、商品形態に見合つた近代法（資本主義法）形態の奥に流れる商品（貨幣・資本）物神性の究明でなければならぬ。

商取引・商業信用・資本集中に関する分野は縱の関連（發展性）をもつだけでなく、相互に横の関連をもちながら發展してゆく。もともと、商取引と商業信用は切り離せないものであるが、商業信用と資本信用という本来連がりのないものも、銀行信用を介するに至るや發生基盤の違いも消失してくる。法の世界では、このいずれの信用も（金錢）債權としてしか規定しえないので、右の發生基盤の違いの消失は何ら注意されない。商業信用と資本信用の基盤の違いの消失は、それだけのことで兩信用が関連し合うわけではないが、銀行の介在によつて金融資本（独占資本）が登場するや商業信用に影響を及ぼす。株式会社の登場は取引条件の一方的・画一的決定をもたらし、さらにマーケティングの成立・展開による取引の變化は商業信用にも變化をもたらし、手形流通の減少などが見られるのである。資本主義私法の代表的な三分野について、概略的に見られる縱と横の関連性が、私法の全分野にも見られるわけではないが、右の関連を説明することも私法学理論の課題の一つである。しかし、縱と横の関連を追求すること自体が目的ではなく、その背後にある資本主義法の抽象性||虚偽性の解明の前提としてではない。これによつて、法解釈に伴いがちな法学的世界觀を反省する契機も得られよう。また、私法学理論にとつては、資本主義私法一般の原理解明が究極の目的ではなく、現在の日本資本主義私法の特殊面を解明しつつ、法と國家の理論的解明に資する方向性をもつたものでなければならない。

ところで、本稿の糸口となった約款についても、商的色彩とか企業に特異な商品流通にかかわるといふ基準によつて、これを商法の法源に取り込んでくるとき、そこには、約款が株式会社という独占的企業形態の本来的機能發揮に

伴うものであることや、約款の本質的機能についての考察は、全くなされないままである。<sup>(6)</sup> 約款は商取引の「社会性」の拡大に対応するものであるとしても、既存の市民法原理をどのように発展させているのか、またこれと調和するの否か、さらに右の「社会性」の背後を貫く「私的性格」を検討しておかなければ、約款を法規範と性格づけるための理論展開としては不十分である。商的色彩にしろ、企業にしろ、いずれも既存の法規定から帰納されたものであり、既存の法規定を解釈学的に体系づけるための形式的基準にすぎないのであるから、この基準をもって、新しい社会規範を法源にとり込むには、右に掲げた実質的内容の検討をしなければならぬ。これらの点の検討なしに、取引の便宜のみを考えて、安易な態度で対処すれば、取引社会の既成事実への迎合に終始する危険性がないとはいえない。なお、約款を法規範とするには、約款規程者が法の本質を如何に考えるのか、そして約款が法の本質を具備しているのかを問わねばならないこと勿論であるが、本稿では考察の便宜上、この点を暫くおいておくことは、冒頭に記したとおりである。

二、商法—企業法論が、商法上の主体たる企業は民法上の主体に比べて具体的・特殊的人格者であると説く点については、既に総論的批判をなしたところであるが、商法の規定が民法よりも具体的であり、細目的である事實は、企業法論の主張を根拠づけるかのである。たしかに、すべての人を「経済人」とする資本制社会の現実を前提とするならば、民法上の「経済人」の規定は一般的・普遍的であり、商法上のそれは具体的・特殊である。しかし、われわれが私法主体の「抽象性」をいうとき、そこには同一事象の二つの面が考えられている。つまり、すべての人を「商品」所有者として、「商品」の価値の「同質」性に規定されている面と、そこに右の「商品」の——特定の歴史社会である資本制社会における——具体性を捨象している面とが、統一的に把握されている（商品形態の抽象性—実体（生産過程）の捨象）。それは民商法の差異という現象的なものから帰納されるものではなく、人間の人間たる所以、人間の普遍的存在基盤を問うことによって、労働力までが商品化され、労働力の担い手が「経済人」でしかあ

りえないことへの、批判的視点をも含むものである。この視点からは、商法において資本の論理が貫徹し、営利精神の発現が露わであればあるほど、人間の物化が進み、商品・貨幣・資本の物神性が浸透することにはかならず、人間が商品・貨幣・資本の手足として、相互に関係をとり結ぶことの法的反映でしかない。それは法の「抽象性」||「虚偽性」の深化と顕在化以外の何物でもない。企業法論が商法上の主体を具体的人格者という場合、それは転倒した捉え方であり、意識の「虚偽性」を示す好例でしかありえない。法の規定が具体的・細目的となり、「企業」の視点を入れるにも拘らず、近代人が商品・貨幣したがってまた資本の手足にすぎないという大前提の上に立つてのことであるために、法の内容の具体化が法の抽象性を深化せしめ、「抽象性」の具体化というパラドックスを生み出す。

右のような意識の転倒性・虚偽性が生ずるのも、西原博士の企業法論が法解釈学体系の構築を目的とし、法の世界での考察に止るからである。ここに、中世の「神学的世界観」に代る、近代の「法学的世界観」<sup>7)</sup>が生れる。民法と商法の形式的基準による峻別は、法学的世界観の一形態である。勿論、西原博士は法解釈学の補助学として、経済学・社会学・歴史学の研究成果の採り入れを説かれており、博士の商法解釈学体系の背後には、これらの研究成果の採り込みが行なわれてはいる。しかし、経済学や歴史学などの成果を借用するにしても、個々的・断片的にのみ行なうのでは、解釈の際に社会（ことに資本）の動向を反映させるに役立つとしても、自らの意識の転倒性・虚偽性を意識し、法学的世界観から脱却する導きとはなりえない。そのためには、資本制社会を統体として理解する姿勢の下に、資本制経済と法（国家）の連関構造を探索する基礎理論を踏えた、実用法学の試みでなければならない。なお、田中博士も経済的・歴史的研究方法の重要性を指摘されるものの、資本経済の発展という歴史的説明によつては、商法の独自性を基礎づけえないとされる。<sup>8)</sup>この批判は企業法論に対するものとしては一面の真理性を含んでいるが、資本主義の本質を把握し、その発展の裡に進行している事態の真意を理解しておかなければ、商法の独自性（普遍的本質）の探究も空疎なものと化し、実用法学を導くに足る認識も不可能であろう。商的色彩論・企業法論のいずれにして

も、形式的に論理整合的な解釈学体系を構築することを目的とすることなく、人間の生存の意義を踏まえた「生きた」解釈を目指すのであれば、「商法の独自性」を論ずる意義を反省する必要がある。

三、商的色彩論を支持される三藤教授は、一面における商法の抽象性と、他面における具体性の発展を説かれる。<sup>(9)</sup>ここで、より具体的であるとされているのは、民商法の規定の対比によって得られる現象的差異の指摘にすぎず、一面ではより具体的でありながら、他面ではより抽象的であるという矛盾が、如何にして統一されうるのかが明確にされていないのは、近代市民法（上の主体）の「抽象性」の考察を抜きにしているためである。この点では企業法論と五十歩百歩である。したがって、商法において具体性が発展すればするほど「抽象性」が深化する側面を捉えきれず、逆に、商法上の主体（商人）が民法上の人との間に、商的色彩という特殊の性格の量的差異の点で特異性をもつことは、商人が「人格者」性をもつと同時に、「この人格者性を限定された具体的面で特殊な形で発展せしめている限りで、それは一つの『人間』*Mensch*である」と捉えてしまふ。ここでは、法主体の「抽象性」が「人格性」とされ、「具体性」が「人間」とされ、民法上の人が即自的な普遍的な人格者であるのに対して、商人は対自的な特殊な人間類型であるとする。<sup>(10)</sup>ここでも近代市民法の「抽象性」に対する批判的視座を抜きにして、人間が「経済人」とされている現実を当然の前提と考えるために、全き「経済人」たる商人こそが「人間」として捉えられてしまふ。

四、田中・西原両博士の間に交わされた「商法本質論」論争において、商法上の諸概念、諸制度が上位概念として民法中に包摂されるか否か、も争点の一つとされている。われわれのように、民商法の規定（のある部分）について発展という動態・立体に重点をおいて、これを連続的に捉えることを強調するとき、企業法論からは、田中博士に対して出されたと同じ疑問が提起されるかもしれない。しかし、すべてが上位概念に包摂されうるか否かの問題が重視されるのは、民商法を無反省に区分した上で、両者を形式的に一对一的に対置し、民商法中の諸概念・諸制度を夫々対応関係において比較せんとする形式論にすぎない。論者は、何故に商法の独自性を説いているのか、自らの問題意

識そのものを意識する必要がある。田中博士も西原博士も、お互いの理論の次元ないし平面が異なるとされるが、<sup>(13)</sup>根源的には両者の問題意識に違いがある。にも拘らず、両者は自らの問題意識で相手の立論を読み、批判している。

われわれが、資本制経済と法の連関構造を探索せんとするとき、民商法に跨る規定の間に端緒形態と発展形態の関連性を探るといっても、全法域の全規定、全概念について縦の関連があるとするものではないし、そもそも民商法の形式的区分を前提として、両法規上のすべての概念を一対一的に対応させる必要は毛頭ない。田中博士の場合、民法を二分化するために、企業法論から右のような批判を受けても止むを得ない側面を作り出したのである。

五、商的色彩論・企業法論を問わず、商法本質論に関連して「民法の商化」現象に言及されるが、このような問題の立て方自体が、既に民商法の形式的区分と対置を前提にしていることを物語っている。民法は、(1) 資本流通に關する側面、(2) 非資本相互間に固有の關係を規律し、ときには、(3) 前近代的要素の残滓を含むこともある。第一点に關しては、資本主義の発展に対応して民法規定が發展するのは当然のことであり、<sup>(14)</sup>第三点については前近代的残滓の浄化以外の何物でもない。問題となるのは、第一の規定が非資本相互間の關係にも適用されることと、第二の規定の変化であるが、後者については、これを商法と対比すること自体が土台無意味なことであり、前者からは「民法の商化」よりも、むしろ民法の抽象性＝虚偽性を認識することこそが重要なのである。つまり、非資本相互間の關係を規律すると同時に、資本の運動をも保障すること、それ故に、資本主義の發展とともにこの規定も發展し、これが非資本相互間の關係をも規律することによって、人間の社會關係の物化を一層推し進めるわけである。

(1) 三藤前掲書六七頁。

(2) 勝本正晃「商法典廢止論——民法の商化」(私法學論集・下)四一九頁以下。但し、勝本博士の見解は商法の廢止ではなく、現在のわが商法典を廢止して、商行為法の原則的規定は民法中に吸収し、その他は獨立の法典として分離することの提唱である。また、法典の形式に着眼して、民商二法の併立、ことに商行為法を独自に設けていることに對する、

立法政策視点からの批判は、夙に松本博士の展開されたところである。松本蒸治「民商二法統一論」（商法解釈の諸問題三頁以下）。

(3) 西原『日本商法論』第一卷二九〇頁以下。

(4) 「民法対商法とか、組織法対行為法というような視角には、大きな限界があつて、そのような視角のみにこだわつたのでは、法の理論的研究の発展は期待できない」のであつて、「とりあえず必要な作業は、各個の法制度について、それが規制する社会関係の構造との関連において、資本主義経済の法である私法の体系におけるそれぞれの位置を明らかにすること」、換言すれば「商法とは何かを問うまえに、必要な作業は、歴史的に商法に属するとされてきた、あるいは現在属するとされている諸制度が、それぞれ民法のどの側面のどのような発展であるかを明らかにすることではないだろうか」とされる富山教授の発言に注目すべきである（富山「株式会社法と手形法」大隅還暦記念論文集二六七頁、二六九頁、二八一頁）。

また、川島教授は、民法と商法の分裂は歴史の産物なのであるから、「商法が民法から分離されて独自の体系として法典化されていることを、商法の『本質』にもとづくものとして説明する形而上学的理論には、賛成し得ない」し、「論理的体系的に明快に二分する試みは不可能であるように思われる。……むしろ法典の分裂のゆえに、民法と商法の研究が相互に分裂し、内的な関連を十分に顧慮しなかつた従来の研究態度こそ、速かに改めらるべきであり、また講義・教育においてもこの両者を総合的に取扱うことを、早急に実現すべきである」といわれる（『民法総則』、法律学全集・一二頁以下）。

これらの民商法学からの提言に耳を傾け、われわれは従来の態度を卒直に反省すべきである。

(5) マーケティングとは、独占的な大規模産業資本による直接的な市場獲得活動のこと。その結果として、商業組織の衰退化（商業資本の排除や系列化傾向）を見せはじめ。この点については、森下不二也『現代商業経済概論』、森下編『商業概論』など参照のこと。

(6) この点については、拙稿「現代資本主義と約款の機能——約款を手懸りとした資本主義法理解の出発点として」九大法学二三号。

(7) ここにいう法学的世界観とは、法の物神性崇拜に第一義的意味を置いている。なお、法学的世界観について、もっと広い意味で考察された加藤教授のすぐれた業績がある（加藤新平「法学的世界観」）。

(8) 田中『改正商法総則概論』二〇頁以下、「方法としての商的色彩」商法学一般理論七一頁、「法律学における『経済人』としての商人」同書三三三頁。

(9) 三藤 前掲書 六一頁、六九頁。

(10) 三藤 前掲書 六九頁

(11) 三藤 前掲書 六七・六八・六九頁。

(12) 商的色彩論・商法企業法論を問わず、商法上の主体は民法上のそれに比べて具体性を有していると説き、さらには、商人は民法上の主体に対する対自的な人間類型であるとの立場さえ説かれている。労働法学者が、労働法は近代市民法の対自態であり、労働者という「集団的人間」、「具体的人間」を対象とするのだと主張するとき、商法学者の見解と奇妙な対称を示しているのは、興味深いことである。労働法解釈学の立場から、生存権・社会権理念の下に、人間の普遍的本質をなす生産の担い手でありながら、資本制社会という特定の歴史社会の中で、労働力が商品という形態をとるために、労働力商品所有者として「抽象的」な人格者として規定されざるをえない労働者を、具体的人間として捉える方向を強く打ち出すのであろうが、賃労働者の対立物である資本に関しても、商法解釈学の立場から正に裏返しのこと主張されていることを見落してはなるまい。

もとより、各法分野の相対的独自性・各分野の法理念・法目的の違いを前提とする解釈法学においては、それぞれの法理念・法目的が強調される結果、各分野の法の解釈に対立が生ずることは、止むをえない。ことに、資本の運動を保障する(民)商法と、賃労働者の権利に重点を置く労働法とでは、相関連する事態についての解釈をめぐって、鋭い対立が生ずる。しかも法解釈上のこの対立をもたらず根源は、資本制社会の矛盾にあるのであり、労働法学者は、まさにこの矛盾を止揚せんとする社会的実践の一環として、労働法の解釈を位置づけているのであるから、商法解釈学(とくに実務追隨的なそれ)との対立・法解釈の対立を説角化すると同時に、それを通して止揚できるのは、右の対立の根底にある社会の矛盾を止揚せんとする運動の場において他に存しないことは勿論であるが、法理念・法解釈の対立は「公平なる第三者」として登場する国家権力によって、資本主義法秩序の中で調整されているのも現実である。それ故にこそ、労働法学は立法や裁判を「歴史の方向に」推し進め、社会権・労働者権の内容を拡充せんと努めるわけである。われわれも、このような労働法学の果している役割りや、その必要性を認めるに吝ではないが、解釈法学と並んで、資本主義労働法を資本主義法の一環として位置づけ、資本制経済と法(国家)の一般理論を解明する方向での協力も必要な



のではあるまいか。この点は、渡辺洋三教授による一連の問題提起（「法社会学と労働法」野村選歴記念論文集四七九頁以下、「法社会学と労働法学（一）」法律時報三四卷九号五三頁以下、「労働法の基本問題」社会科学研究一八卷一号一頁以下）以来、労働法学者の間でも反省の声は聴かれるようになってはいる（例えば、季刊労働法四五号八座談会Ⅴ日本労働法学の方法論と課題、労働法二四号所収の諸論文、日本法社会学会編「労働法学と法社会学」）が、渡辺教授の提言の受けとめ方に不十分さを感じるし、また教授への反論も切れ味の悪さを感じる。

従来、労働法原理として説かれるものを見ると、市民法の抽象性、虚偽性を指摘し、労働法は近代市民法を修正するところの、近代市民法の対自態としての法であることを述べ、市民法は流通過程しか捉ええないのに対して、労働法は「従属労働」概念によって、生産過程をも視野に入れる等々が並べられてはいる。しかし、その原理たるや資本主義労働法の原理論というよりも、生存権・社会権理念にもとづく解釈学上の原理であり、市民法の抽象性等々の指摘は、解釈原理を展開するための「序説」として付加されるにすぎない。資本主義労働法は近代市民法をどのように修正しているか、即ち労働力商品の交換関係や、労働力商品所有者の形式上の自由・平等な法主体性が、どのように修正されているのか、あるいは資本主義法としての抽象性・虚偽性が如何に貫いているのか、を解明する作業は労働法学にも必要なのではあるまいか。資本の運動をも視野に入れて資本主義労働法の研究をされる宮島教授からは、資本主義労働法を近代市民法の修正としてではなく、市民法原理の貫徹としての把握が、夙に説かれている（宮島尚史「日本労働法の基礎構造——労働運動と『市民法の修正』との接点について」思想四六九号、「労働法における市民法の修正論序説（正・続）」日本労働法学会誌三〇号・三三号）。

労働法の基礎概念として「従属労働」があげられる。これによって、労働法は生産過程までも射程に入れたとされる。しかしながら、労働力商品の消費過程たる生産過程において、つまり資本家が「物」の使用価値を享受する過程において、労働者が「人」として法律関係に入ることがありうるのだろうか。生産過程をも視野に入れることが、生産過程にかかわりの深い労働者保護法・労働協約・その一方当事者である労働組合が労働法の分野に属することを指すのであれば、それは別段「従属労働」や生産過程を直接に考えなくても、流通過程の問題として把握できるのではなからうか。生産過程にかかわりの深い側面が労働力商品をめぐる法律構成の視野に入れられることは、たしかに進歩的側面を有しており、その背後に「生存権・社会権」理念が働いていることは否めないし、それ故に労働法を市民法の対自態と主張されるのであろう。しかし、生存権・社会権といい、労働者への多少の配慮といい、それは市民法原理からも

充分の説明はつく。けれど、労働者が商品「人間」である側面を市民法も配慮せざるをえないからである。このように考えることによって、われわれは労働者権の拡充の背後にある労働者の運動の成果を、少しも軽視するものではない。ブルジョア・ヒューマニズムといえども、生産過程における商品「人間」の面への多少の配慮をなさざるをえないたてまえにはなっている。それは、生産過程における商品「人間」の「従属労働」の具体的姿、真の役割を卒直に採りあげるのではなく、市民相互間の交換条件の最底限の規制として、あるいは私的自治の貫徹形態たる集団取引として、法の世界に採り込むことは出来る。あるいは、労働者の団結は市民法上の団体（とくに株式会社）と同視することは出来ない、との反論がなされるかもしれない（例えば、片岡昇「労働法と市民法」法哲学年報一九六三年（下）所収）。しかし、労働組合の特異性はどこから生ずるのかを、再考してみる必要がある。それは、労働者の主体性から一方的に出てくるものではなく、労働力が資本家に売り渡す特殊な商品であることに規定されている。もし、労働者に「労務」の出資と多少の金銭出資による、純市民法上の団体を認めれば、どういう結果になるであろうか。生産手段の所有者は単なる賃貸人となり、賃料の受け取り手に成り下がり、資本家ではなくなってしまう。資本制下の労働組合が純市民法上の団体たりえないのは、まさに資本の論理に規定されている。さらに、市民法では労働者も市民（自由・独立の人格者）とされ、雇傭契約は労働力の売買であるにも拘らず、労働力の売買として構成することは出来ないために、労働組合を組合員の労働力の販売（ないし賃貸）の主体として、市民法上の団体ともなしえない。しかもこのことが資本の存在を保障してくれる。これらのことから、労働者たる市民の団体は、現在のような労働組合形態をとらざるをえない。それだからこそ、つまり資本の論理によって歪曲された団体としてしか在りえないが故に、労働組合は市民法上の団体とは異なる面もたざるをえない。労働組合の特異性は、その存在形態においてのみならず、活動形態においても、まさに資本によって規定されている。個々の労働者の「市民」としての実体を歪曲した資本は、労働者の集団をも歪曲させるのであり、ここに組合の目的と個々の労働者の目的とが合致せざるをえず、また団体行動において労働者の主体性が要求される所以である。このように見てくるとき、社会権とか社会法というときの「社会」概念について、どの程度の考察の上で用いられていたのか、反省の要を痛感する。自由権（個人権）との関連性や、市民法に見られる「社会性」との関連性の把握は欠かせない。

労働法が生産過程・従属労働を視野に入れたとはいっても、その際の認識主体・実践（立法）主体は労働者や労働法学者ではなく、支配階級・国家であることは注意を要する。支配階級・国家が右の側面を認識しているか否か、どの程

度の認識をもち、それを実践（立法ないし解釈）しているかは、生産過程において従属労働に服し、そして裁判において大きな限界に遭遇する労働者の感性と理性が、逆証するものである。労働者の権利拡充を目指す労働法解釈学が、その原理として、従属労働・生産過程を視野に入れることと、支配階級・国家が視野に入れるのとは、全く事情が異なっている。右の認識（実践）主体の問題と関連して、言及しておかねばならないのは、労働法は近代市民法の対自態であり、反省形態であるという場合に、その反省の主体は、労働者や労働法学者ではなく、支配階級・国家であり、労働者の運動はその一契機をなすにすぎない、ということである。このような自明のことを、ことさらに指摘するのは、市民法を修正する労働法とか、市民法から社会法へ、あるいは抽象的人格者から具体的人間へ、というスローガンを掲げるとき、労働法はあたかも虚偽的市民法に全面的に對立する法であるかの如き印象を与えるからである。論者によっては、市民法（即自）——労働法（対自）——経済法（即自対自）、とする把え方もなされているが、経済法の出現を俟たねば、市民法と労働法の原理的對立は止揚されなかったであろうか。たしかに、インフレ政策は実質賃金を切り下げ、労働者の集団取引の効果を大きく減殺するし、労働者権の拡充を止揚する手段として、今日では所得政策なども考案されている。経済法として分類されている諸々の法規範が、資本蓄積に対する国家の援助を根拠づけ、その実行の結果、労働者をはじめとする一般の市民の生活が圧迫されることは事実であるが、経済法の出現過程において、それが資本主義における即自対自的法形態として認識されたわけではない。労働法出現の段階において、既に古典的市民法原理は一定程度の修正（その典型はストライキ権）を受容し、労働法にも資本主義法秩序の一隅を与え、解釈原理としては表面上の對立を見せながらも根本的な法原理・全体的法秩序としては調整されていたはずである。労働者およびその団体の力が強化されたことが、資本主義の急場しのぎの方策を制約し、危機を増幅するにしても、危機の根源は労働者階級が直接に作り出したものではない。経済法の出現によって、市民法も労働法も大きく影響を受けながら、資本主義の基本矛盾・階級對立は深まり、法解釈上の對立も鋭いままである。市民法——労働法——経済法という捉え方は、法分野の成立順序の指摘ではありえても、現段階の資本主義法秩序全体の論理的な把握の方向づけとはいえない。

ところで、市民法の反省主体であり、労働法の反省主体である支配階級・国家は、一体、市民法をどのように反省したのであろうか。労働力商品所有者を「人格者」として抽象的・形式的に扱ったことをであろうか労働法は労働者を商品所有者としてではなく、具体的人間として扱っているのであろうか。支配階級・国家が市民法を反省し、構成し直した結果として、労働者の団結・団体行動を法認したことから逆推論してみれば、その反省の対象は、労働者の団結・団

体行動禁止規定にはかならない。この反省対象は市民法原理そのものではなく、利潤追求のために、自らは資本の集中体を法認しておきながら、労働者に対しては団結を禁止することによって、私的自治という市民法の基礎原理を否認していたことに對する反省である。宮島教授が夙に指摘される如く、労働法によって初めて市民法原理は貫徹するに至ったのである(但し、ストライキ権については、市民法の修正と認める。)そうだとすれば、労働法は市民法の対自態ではなく、市民法そのものと云わざるをえない。したがって、労働法においても商品交換の原理が貫徹し、労働者は具體的人間であるどころか、相変らず抽象的人格者であり、商品所有者・商品人間なのである。商法が資本企業に関する諸規定をとりまとめて細目化したと同様に、労働法は労働者にまつわる諸規定をとりまとめ細目化(スト権のような市民法の修正はあるが)したものにすぎない。企業なり労働者なりについて詳細に規定されている点を、「具體的」と云うのであれば、誰しも異存はあるまいが、それに特別の意味を付与することは過大評価といわねばなるまい(このように云うことで、労働法生成の背後にある運動の成果たる面を軽視するものではない)。労働法が虚偽的市民法の眞の反省形態となり、労働者が具體的人間として扱われ、生産過程そのものが直接的に視野に入れられるに至るのは、資本制社会の反省態としての過渡期社会、即ち労働者が眞の実践主体として社会を構成し、労働力商品化と価値法則を廃棄し、法と国家が死滅の方向を辿る社会に至つてである。資本主義労働法は労働者の運動を主要な傾杆として生み出され、作り変えられてゆくものであるにしても、労働者を反体制的な集團の人間、階級的人間として扱うほど寛大ではない。それは労働力商品所有者の団体と、その集團取引を認めるのが限度である。もとより、この限度内においても、労働者権は狭い枠に閉じ込められがちであるが故に、正当な権利の拡充とその定着化のための一助として、労働法解釈学は使命を意識し、また多大の努力を払っている。われわれはこの点を承認するに吝かではないが、それにしても「反体制的集團人」や「階級的集團人」は、解釈法學上の概念として受け容れられるものではなからう。法の解釈が実践の一環として位置づけられる以上、反体制的視点・階級的視点に支えられることは当然であるが、このことから資本主義労働法上の主体に反体制性・階級性を認めることは認識を無視しすぎる。認識と実践の統一を説く立場にこの傾向が強いのは興味深い。なお、念のためにいうと、労働法は市民法そのものであるとすることは、法解釈上の対立が解消してしまうという意味ではない。

労働者権と(資本としての)所有権をめぐる解釈上の対立はそのまま残るとしても、労働法を市民法とするとき、それを資本主義私法の中に位置づけ、経済との関連の中で捉えることによって、資本主義私法のもつ抽象性、虚偽性、を

より、深く解明する途が開かれるのではあるまいか。このような発想はアカデミズム的発想、私法学ならではの考えと映ずるかもしれないが、従来「市民法」とされてきた分野から出発するわれわれにとって、労働法分野の問題をも視野に入れて考察すべきことは多いし、資本の対立物たる賃労働者をも視野に入れなければ、理解が深まらない。一例をあげれば、事実的契約関係・約款や就業規則のような定型的取引条項、あるいはその法規範性、株式社会や労働組合をめぐる団体法上の問題、経営参加や従業員持株制度・会社の解散・営業譲渡等々である。資本と賃労働者は相対立しながらも、相互に規定し合っていることを想えば、資本の法としての民商法学と賃労働者の法たる労働法学は、差異性を強調し合うだけではなく、同一性の側面からの共働も必要なのではなからうか。

民商法二元論を検討してみても、両法域の区分の要求は、法解釈学上の原理ないし体系に由来することがわかった。法域を区分し、自らの殻に閉じこもる法解釈学こそは、法学的世界観の発生源であった。賃労働者およびその団体に対象がしぼられ、独自の法域をなす労働法の解釈学は、経済学——哲学を基礎として、現実社会の問題に対処し、「歴史の方向」にそった解釈を試みている。それは、他の法分野におけるが如く、固定的な体系構築を目指すものではない。法解釈学のもつ悪癖からの解放がありえたのも、労働法学が法形成の一契機である労働者の運動と結びつき、しかもその運動がエネルギーに展開されたからに他ならない。この運動こそが固定的・観念的な体系構築を許さなかったのである。そして、運動の盛り上がりにおいてこそ、資本主義法の本質が感性的にも理性的にも把握されうる。そして、運動が停退したとき、右の理性的な把握こそが法の観念的美化（「権利」の物神崇拜）をくい止めるであろう。運動と結びつき、生きた法律学に苦心している労働法学者こそは、資本主義法を理論的に解明するのに、感性的にも理性的にも適任者だと考え、それを期待するのは、余りに多くを望みすぎるであらうか。

(13) 田中「方法としての商的色彩」前掲書七七頁、西原「企業法論の任務と方法」前掲論集六一二頁。

(14) 西原博士が田中博士に対して、商的色彩論で「民法の商化」を認めることは民商二法の区分を無意味にする、と批判される点は、この側面に関する限り正当であるが、企業法論を正当化するものではない。

## 九 理論法律學と民商法二元論

一、資本制社会は商品生産が全社会的規模において展開され、しかもそれが單純商品生産ではなく、資本家が勞働力を購入して行なう（勞働力が商品化されている）点に基本的メルクマールを有している。そこでは産業資本が中軸をなし、商品交換が資本の再生産運動を媒介している。したがって、資本主義私法は、單なる商品交換の法ではなく、資本制生産關係の法でなければならず、商品交換も資本の生産過程を包摂した資本の流通過程 $\parallel$ 再生産過程として、位置づけられるものである。しかしながら、近代市民法は市民相互間の商品交換關係を規定の対象の中心に置き、自由平等な法的人格者間の權利義務關係として保障し、資本の再生産運動の保障という点は表面に出されていない。これは、近代法が「市民社会」の法として制定され、資本制社会の法を意識して立法されたものではない、ことを物語っている。成立当初の市民社会においては、アトム化された個人 $\parallel$ 市民の自由・独立・平等が、思想的基盤をなし、したがって本源的蓄積過程を経た個人も、抽象的に「市民」として扱われ、資本家として取扱われない。またこれと對極的に分解していった勞働者も市民に所属され、資本家も勞働者も個人として同質視され、抽象的・形式的に「法的人格者」とされたのである。右のような思想的背景の下に、市民の生活關係を規律、保障するに当り、市民の一般的生活關係と特殊なものとの、形式的、機械的に分離し、民法典と商法典に区分したものと考えられる。つまり、民商法の区分は、資本制經濟との連関の下に、何らかの原理的根拠によるものではない。尤も、既に見たように、近代法主体の抽象的、形式的平等性は、商品所有者として、商品に対象化された「価値」實現の機能を担うことの反映であるが、近代法が、個人の自由・平等・独立なるイデオロギーの下に、勞働者をも含めて全ての市民を、「法的人格者」とし、それら相互間の商品交換を保障している限りにおいては、資本制經濟を意識せざるを得なかったわけである。

二、ところで、市民社会の成立当時においては、本源的蓄積をなした個人のみならず、既に中世以来利用されて来た資本集中体である、合名会社、合資会社、それに株式会社も存在していた。尤も、株式会社といつても、その実体はパートナーシップに過ぎなかったが、これらの資本集中体は個人資本家と並んで、中世商人により発明され発展させられた取引技術、取引制度を駆使して、市民社会の物的側面を担当したのである。アンシャン・レジームに対抗し、個人の自由を中核に据える市民社会において、団体の存在が正当化されうるか否の理論的問題、株式投機に伴うスキャンダルの発生は、株式会社を冷遇した時期もあったが、資本主義の発展は資本の集中を不可避ならしめ、これらの資本集中体を法認する必要に迫られた。しかし、近代法はそれを規律するに際して、資本の集中体としての側面に注意を払ってではなく、商行<sup>（一）</sup>を営むものとして、機械的に商法典の中に納めたものと考えられる。ところで、その後の生産力の発展や、資本相互間の競争は資本集中を促し、信用がこれを媒介することによって、資本および支配の集中体たる株式会社を登場せしめ、これが全経済分野を制覇するに至った。これに対応して、商法典の規定も修正、変更され（商行為主義から商人主義へ）、一般市民の生活関係を規定した民法典から増々遠のいていく如き印象を与える。したがってこのような商法典を前にして、民法に対する独自性を唱えるものも無理からぬことである。そして、法典の規定に関心を注ぐならば、商法が商的色彩を帯びた生活関係を、あるいは企業に特異な生活関係を規定する法、と映ずるもの当然である。しかし、もともと民法典、商法典の区別は、資本制社会の法として、何らかの原理的根拠によるものでないとすれば、<sup>（二）</sup>法典を基準に商法の独自性を説いても、全く形式的なものに終り、近代市民法の背後に隠された、資本との関連は浮び上らないであろう。この点を把握せんとすれば、資本とは縁のないように見える近代市民法が、資本制経済とどのような構造連関を有しているのかを、探る必要がある。即ち、自由平等な法的な人格者（商品、貨幣所有者）間の権利義務関係を保障する、という形態を採っている民法、商法が、実際には資本の再生産を保障し、資本の集中を規律しているという、形態と内容の統一はどのようにして行なわれているかを問わね

ばならない。その上で、資本制社会の法として、民法と商法はどのような関連を有しているか、を問うとき、近代市民法としての民商法の関係に見られたような、形式的、機械的な区分を越えた、内容的な結びつきが見出されるであろうし、資本主義法としての本質も明らかとなろう。

三、近代市民法の表面には、「資本」が顕現していないこと、既述のとおりであるが、商法において商行為法主義の後退とともに、「資本」の姿が見え始める。このことから、従来の理論法律学では、民法を商品交換の法とし、商法を資本の法 ( $G-W-G'$ ・ $G-G'$ に関する法) として、区別して来たものと解される。このように、商法を交換価値の量的増大に関する法だとすれば、民法は使用価値の質的転換 ( $W-G-W$ ) に関する法、単純商品交換の法ということになる<sup>(2)</sup>。そして、市民社会が単純商品交換社会から資本再生産社会へと発展するとともに、商法が民法から分在するに至り、また同時に、市民社会の抽象的基礎法としての民法も、この事態に応じ、資本再生産社会としての市民社会の現状に即して近代化<sup>(3)</sup>されるが故に、資本主義社会においても、民法は基礎法として、レーゾン・デールを有することになる<sup>(4)</sup>。つまり民法においては、すでに資本の再生産運動がある程度法認識を受け、資本、すなわち、その法的現象形態としての企業が、その営業的側面を、すでに法的に把握されている段階に到達せしめられ、資本の再生産運動のための範疇として、近代的な概念内容を与えられ、商法された民法として存在することになる<sup>(4)</sup>。

民法は「商品」の中に労働力を加え、雇用契約を法認することにより、貨幣が資本に転化する契機を与え、これに加えるに、消費貸借、売買契約は資本の集中(資本信用の端緒形態)、資本の再生産運動を保障する。民法は、このように資本主義社会の法たるにふさわしい内容を盛込まれ、前資本制社会の法ではないにも拘らず、「資本すなわちその法的現象形態としての企業を、企業それ自体として、直接に把握するまでに至らざる、言いかえれば資本を法認識するに至らざる、さらに言いかえれば資本制法秩序の……発展段階に先行するところの、いはば前資本制社会の法秩序に相応する」<sup>(5)</sup>「もろもろの商品交換の直接的な法範疇化の段階、に相応する規範体系だとされる。民法は商品交換



社会の法秩序として、資本の再生産運動が事<sup>6</sup>実上<sup>6</sup>、経済上<sup>6</sup>、成立することの可能性を法的に保障し、商品交換社会法秩序より資本制社会法秩序への、過渡期の法秩序と捉えられる<sup>6</sup>。このように、民法は資本主義法の基礎法とされながら、資本主義社会の法ではないかの如く規定されるのは、民法が資本の再生産運動を事<sup>7</sup>実上<sup>7</sup>、経済上<sup>7</sup>、保障しているけれども営業を法範疇化しておらず、それを商法に委ねていることに求められる<sup>7</sup>。前資本制社会の法に相応する民法が資本主義法となるのは、企業そのものを直接法範疇化した商法の出現により、近代化、商化されるからというわけである。

四、右に見て来た立場は、民法典、商法典の区分に従い、その法規定を主要な対象として、民法、商法の体系性を説いている<sup>8</sup>。しかしながら、大陸法系における民法典、商法典の区分は、資本主義経済と法との構造連関を、意識してなされたものではなく、市民社会の法として、機械的、形式的な基準によるものに過ぎないのであるから、法典に依拠したまま、体系化を試みても、資本主義法としての独自性、関連性が出てこないのは当然のことであり、理論法学上見るべき成果をもたらさないであろう。

民法が労働力商品の交換を規定し、貨幣を資本に転化せしめ、資本の再生産運動を保障するにも拘らず、営業の法範疇化が商法に委ねられていることを理由に、民法を単に商品交換の法とのみ規定するのは、全く形式的な把握であり、経済社会の実体から遊離した理解となるであろう。民法典と商法典とが相俟って、資本主義法としての機能を発揮することは、論者も認めるであろうが、そこで本質的なことは営業の法範疇化がいずれの法典に委ねられているかではなく、民法が労働者をも市民とし、それ自体として資本制商品である労働力の売買を、市民の一般的生活関係として規定し、ここに貨幣が資本として運動する基盤を与えることこそ重要である。この点は、単純商品交換の法にすぎない民法が、「資本主義への発展」に対応して「近代化」された、という意味以上に容易ならぬ意味を有し、民法をまさに資本主義法たらしめるのである。営業の法範疇化という、形式的基準を重視すれば、前期的資本の下における営業法（中世の商人法）と資本主義社会の営業法の、規定上の共通性が捉えられ、「資本」の本質的差異

が欠落してしまう。資本主義法は生産過程を直接にはつかみきれないのであるから、商法は企業（資本）そのものを、その実体に即して捉えるものではない。せいぜい商人（商業資本）としてしか捉えきれない。

五、法範疇の弁証法的発展を通して、財産法の論理体系を把握しよう、と試みられる山中博士は、「人」・「物」・「行為」なる範疇の、発展段階の相異として、民商法の区分を説明される。商法は「営業」を法範疇化するものと捉えられるが、「営業」の法という点では西原博士の企業法論と共通し、範疇の発展という面では、法律関係の主体、客体、行為の帯びる色彩により商法の独自性を説く田中博士の立場に近い<sup>9)</sup>。したがって、経済的、歴史的視点が欠落し、資本主義法としての民商法の関連性を捉えきれないという、田中理論、西原理論に対する批判は、そのまま山中博士に対しても当てはまる。

もとより、山中博士の問題意識は民商法二元論の論証にあるのではなく、商品経済の発展に伴い、これを保障、規律する法範疇の弁証法的発展の跡づけにある。その際、法範疇の独り歩きを説かれるものではなく、その背後で規定している経済の発展に対応させて捉えんとするものである。したがって、博士の見解に対して、田中、西原理論に対するのと同じ批判を当てるのは、不当であるかに見えよう。たしかに、資本主義の本質や、法と国家の本質の理解について、抽象理論のレベルでは根本的な違いがある。しかしながら、山中博士の場合にも、民法と商法を商品経済の発展に対応させて分化してしまい、民法の近代化を「民法の商化」として捉える点において、実定法レベルの問題としては、右の本質的違いは消失し、民商法の表面的把握による区分という共通性しか見られない。

商品経済の発展に対応して、法範疇が企業そのものを捉えているか否かの違いを、「弁証法的発展」として追求しても、民商法の総体的な関連性と区別性は得られるものではない。民商法は資本の運動にまつる一部の分野において、即ち資本集中や商業信用、商品（資本）の流通などについては、端緒形態と発展形態として関連しており、これらは資本主義私法の中核をなしているが、民商法の規定のすべてが一对一的に対応し合うものではないし、さらに、

端緒形態と發展形態として対応するときでも、各分野が時を同じうして發展するものではない。近代市民法は、ローマ法や中世商人によって展開された諸制度を継受しており、近代市民法固有の發展に対応して、法域区分を行なったものではないから、法範疇の發展に應じて民商法を区分することは歴史的事実に反するのみならず、資本主義私法の論理的解明に弱点を残す。<sup>10)</sup>

經濟の發展に規定される「法範疇の弁証法的發展」を追求し、法範疇、法概念の間の論理体系の分析綜合を試みられる際の、山中博士の問題意識が何であつたのかは明らかでないが、法を階級支配の道具と規定するにすぎないか、せいぜい經濟との關連を土台、上部構造として言及するに止る、従来の理論法律学から脱脚せんとする試みとしての意義は、高く評価しなければならないし、法範疇、法概念相互間の關連性の指摘からは、示唆を受けること大なるものがある。とはいえ、法範疇、法概念の關連性の究明も、その際の認識主体が支配階級、國家の側にある限り、つまり經濟の發展に基づき、従来の法概念では規律しえなくなったために、新たな法概念が生み出されるとして、それに即応して解明してゆくのでは、資本の側の意識に即した把握にすぎず、民商法上の範疇、概念の縱横の關連性が詳細に説かれようと、それは悟性的理解に止り、ここからは資本主義私法の本質、その虚偽性の理論的解明は不可能である。悟性から理性へと突き進むには、従来の法概念では桎梏を感じている資本の意識の奥にあるものを、つかみ出さなければならぬ。資本の意識の即自性を対自化して捉え直さなければならぬ。それは資本の立場からも行なえるであろうが、より容易に、しかもより鋭く行なえるのは、資本の対立物である商品人間側に認識主体を据え直し、この立場から法範疇、法概念の縱横の關連性の背後を究明するときであろう。そのためには、資本主義法と經濟の連關構造、法の上では所有権や債権（商品や貨幣）しか捉えられないのに、如何にして資本の運動が保障されるのか、資本主義法として民商法はどのような關連をもつのか、が問題であつて、單純商品經濟から資本制經濟への發展に対応して、法範疇、法概念がどのように發展し具体化してゆくか、が課題なのではない。

六、単純商品經濟から資本制經濟への發展を前提にして、民法を前者に、商法を後者に対応させて捉えるのは、これまで検討してきた山中、実方博士のみでなく、民法を商品の法とし、商法を資本の法とする従来の理論法律学の背後に、多かれ少なかれ流れている考え方である。

商品、貨幣は、各時代の生産様式、生産關係にかかわりなく、生産を媒介する流通面に共通して見られるものであるから、商品流通の側面から見ると、資本制社会とそれ以前の社会に、ある程度の共通性があり、商品交換を規制する規範に共通性があるとしても、何ら不思議はない。しかし、資本制社会に至っては、商品交換が全社会的規模において展開されるが、このことは、それ以前の社会に比して、ただ量的に拡大されたという意味で重要なのではなく、それは、資本が全社会の物質的生産過程を掌握したことにより、もたらされたものであり、利潤は流通過程から抽出されるものではないにも拘らず、等価交換が全社会的に展開していることが、産業資本の基点であり、その循環を媒介するが故に、重要なのである。労働力の商品化こそは、商品形態が自己を全社会に貫徹する基礎である。この基礎の上に立つてこそ、商品交換が全社会的規模において展開されるのである。資本主義社会においてはじめて、等価交換は全面的に展開されるのであり、価値法則は資本主義社会の基本的な法則となる。

しかしながら、商品の等価交換は資本制社会にのみ見られるものではなく、時空について一定の限界つきでなら、前資本制社会にも見られる。したがって、同等の価値をもつ、質的に異なった使用価値の交換  $W-G-W$  を規制する規範は、資本主義社会に固有な規範とはいえない。民法を単純商品交換の法と捉えるならば、それが資本主義社会の法であって、資本主義社会の法ではないかの如く、説明されるのも当然のことである。しかし、資本主義社会の法でありながら、資本主義社会の法ではないかの如き側面にこそ、抽象性—虚偽性が含まれるのであり、その基礎を与えるのが労働力商品に他ならない。再三強調して来たように、民法は労働力という、その存在それ自体が「資本制」という規定性を身につけた商品をも対象とするのであり、民法は等価交換關係を規定すると云いえても、単純商品の法と解

することは出来ない。しかも、「資本制商品」の等価交換（価値を尺度とした使用価値の転形）を保障する機能は、民法固有のものではなく、近代商法の機能でもあるのだから、 $W \parallel G \parallel W \parallel \text{民法}$ 、 $G \parallel W \parallel G' \parallel \text{商法}$ と解することは出来ない。法典を基準として見るとき、民法が小商品をも対象としていることは事実であるが、商法とても一定の場合には、小商品を規律対象としている（商五〇一条一号、商四条二項<sup>①</sup>）のである。また、商法を「資本の法」と呼び直してみても、商的色彩論や企業法論の欠点を乗り越えうるかは疑わしい。ただし、 $G \parallel W \parallel G'$ という商業資本の運動は、資本制社会に特有のものではなく、前期的商業資本にも妥当するところであり、利子生み資本運動  $G \parallel G'$ にしても、前期的高利貸資本にも当てはまるところだからである。民法  $\parallel$  商品交換の法、商法  $\parallel$  資本の法とする立場も、形式的、機械的な民法法の区分に固執し、しかも、市民社会の解剖学たる経済理論に倣って、論理的端緒たる単純商品を重視するにしても、労働力商品の歴史的規定性を視野の外に放り出すかの如き結論を出したのでは、近代法と資本制社会との関連を捉えることは出来ない。のみならず、近代法の抽象性の裡に虚偽性、階級性が含まれていることの指摘も、宙に浮いてしまう。

民法、商法の区分を絶対化した場合に、前資本制社会の法と共通性を有するように見えても、なお本質的な違いをもつことを明確にするためには、一般市民や法律上「商人」としてしか登場しえない資本が取り結ぶ商品交換が、産業資本とどのようにかわっているか、を把握しなければならない。労働者と資本家間の売買、第二次的にはあるが、労働者および他の資本家に対する消費財の販売、資本家相互間の生産財の売買を規制する民法は、商品（資本）と貨幣（資本）の無限の転換を対象とするものであり、商品（資本）の側面から見れば、 $W \parallel G \parallel W$ （生産過程を略すと、生産資本もこのように運動する）、そして貨幣（資本）の側面から見れば、 $G \parallel W \parallel G'$ の過程が対象となっており、しかも両過程が統一されている。また、資本家相互間の生産財の交換、労働者や他の資本家への消費財の販売を第一次的に律規する商法においても、商品（資本）と貨幣（資本）の側面から見た両過程は統一裡に対象とされて

いる。民法、商法ともに、 $W \rightarrow G \rightarrow W \cdot G \rightarrow W \rightarrow G'$ の統一した過程を規律、保障するとはいへ、両法域においてそれぞれ完結しているわけではなく、民商法が相俟つて両過程の統一を完成すると云わねばなるまい。ただし、労働力以外の商品については、民商法が補充し合つて規律するわけであり、その際に第一次的に適用される商法の領域においても、労働者が賃金を手にして消費者として登場するわけだからである。このように、民商法の補充の下に規律、保障される、 $W \rightarrow G \rightarrow W \cdot G \rightarrow W \rightarrow G'$ の統一した過程は、生産過程を包摂した資本の流通過程に即応するものである。資本の流通過程において、貨幣資本、生産資本、商品資本として姿態転換を反復する資本の循環は、同時に並行するものであり、資本の総循環過程は三循環の統一した過程である。生産資本の運動の始点たる生産過程を省略し、図式を簡略化して示せば、 $G \rightarrow W \rightarrow G'$ と $W \rightarrow G \rightarrow W$ の統一した過程となる。<sup>(13)</sup>この両過程を分離し、 $G \rightarrow W \rightarrow G'$ 商法、 $W \rightarrow G \rightarrow W$ 民法とすることは出来ない。たしかに、法は産業資本の生産過程を規律対象としえないし、流通過程に現われる限りにおいて、「商人」として規制対象とするにすぎないが、産業資本を商業資本に転化させてしまうわけではない。 $G \rightarrow W \rightarrow G'$ の過程は、商業資本の運動とも照応するが、商業資本は産業資本の商品資本から貨幣資本への転化 $W \rightarrow G'$ を、貨幣資本の前貸による買 $G \rightarrow W$ と、その売 $W \rightarrow G'$ によって媒介し、自らの運動を $G \rightarrow W \rightarrow G'$ として展開するのである。「商人」として登場する産業資本の運動は、購入した生産要素を結合して生産した、商品(資本)の販売として展開されるのであり、 $G \rightarrow W \rightarrow G'$ は、直接に流通部面に現われる資本の一般的定式に照応する形態をとるために、商業資本の運動と一致するのである。また、商品資本の運動は単純商品流通の形態に照応しているが、これは生産物から生産要素への転形を示すものである。<sup>(14)</sup>ただし、小商品も生産財、消費財として流通過程に組み込まれ、その商品も不可欠の要素として社会的再生産が行われる場合には、法はその交換関係をも規律すべく要請されるし、それが不可欠の要素ではないにしても、その交換の保障は、資本制商品交換の法に特則を設けなければならないわけではないから、近代市民法 $\parallel$ 資本主義法は、小商品の交換をも矛盾なく包摂しうるわけである。しかし、このことから民法

を單純商品交換の法とするのは誤りであるし、この見解に立てば勞働力をも歴史上の單純商品と看做さざるをえないこと、既に指摘したところである。

要するに、近代市民法は資本主義法として意識的に構成されたものではないとはいへ、民商法が相俟つて、勞働力、その他の商品（生産財・消費財）の交換關係を、自由で平等な法的人格者間の權利義務關係として、規律しながらも、資本の流通⇨再生産過程を保障している。この流通⇨再生産過程は、生産過程に潜在的にふくまれる一切の社會關係を顯現化し、個別資本内における對勞働者の關係だけでなく、資本相互間の、また諸資本と勞働者⇨消費者間の關係が含まれることによって、社會的總資本の運動が示されている。ここに視点を向けることによって、近代市民法の抽象性⇨虚偽性、法の階級性、法と國家の関連も捉えうるのではなからうか。つまり、民法典と商法典とから成る近代市民法は、自由平等な法主体間の商品交換を規律する、という形態を採りながら（商品形態に對應した法形態）、資本制社會の法たるにふさわしい内容を、盛り込んでいることが、わかるであらう。商品交換を、市民一般の共同、利害として規定する形式の裡に、資本の運動という特殊利害が、統一されている（ここに國家權力が前提となる）わけである。そして、この産業資本の運動を基礎として、資本の流通諸形態（商品資本、貨幣資本）が商業資本、利子生み資本として自立化し、それに応じて近代法の中にもそれぞれ所を得て、法的人格者の權利義務關係として規律、保障されるわけである。したがって、産業資本との関連を抜きにして、いきなり商業資本、利子生み資本の運動を商法に求めても、前資本制社會におけるものとの、本質的差異を把握しえないばかりか、あたかも、民法は商業資本、利子生み資本とは關係がないかの如き結論が、出されざるをえない。商品と貨幣しか姿を見せない民法、商法ともに商品交換の法であり、かつ資本の法であるとすれば、問題の核心は、民法と商法の形式的な区分ではなく、産業資本の運動を中心として、商品交換、資本の集中を保護、促進すべく、両法典に規定された、端緒的形態と發展形態の関連を明らかにし、資本制經濟との関連の中に位置づけて、公法と一体の下に資本主義法の本質を理解（資本主義法の原理的

・歴史的解明並びに現状分析) することである。しかも、単に客観的な構造連関を捉えるためではなく、市民法の保障している自由で平等な法的な人格者間の、権利義務関係という形態と、資本制社会における現実とのズレを探ることにより、伝統的な法解釈学のもつ法学的世界観からの脱皮をも目標としながらである。なお、ここでは資本の流通過程—商品交換過程を中心にして述べ、資本集中については触れなかったが、この面に関しても、とくに株式会社においては、法人格、譲渡自由な株式制度(資本の商品化)を採用することにより、近代市民法の採る、自由平等な法主体間の権利義務関係という形態が、会社と株主、会社と第三者、株主と株式譲受人間に展開されるよう保障されており、また株主(株式)平等という形式の下に、少数の機能資本家への支配力の集中が担保され、市民や公民としての実質的不平等の縮図が実現されている。形式的な自由平等の裡にある実質的不自由不平等、商品形態に見合った近代市民法形態と資本主義法としての内容の統一は、本来の商品交換のみならず、資本集中体をめぐっても貫いている。

- (1) 商法がG—W—G'に関する法規範であるとする説として、沼田稲次郎『市民法と社会法』四四頁、藤田勇『法と経済の一般理論』(現代法(7)『現代法と経済』)一一一頁。その他に商法—資本の法(企業の法)とする立場として、渡辺洋三『近代市民法の変動と問題』(現代法(1)『現代法の展開』)八二頁。

- (2) 実方正雄『商法』(恒藤恭監修『法学研究入門』)一三一頁、一三二頁、『商法学総論』二頁、四頁、二二頁。

なお、経済学の端緒としての単純商品を、労働力という資本制商品からその資本制的規定を捨象したもの、と捉える立場からは、過去に実在した単純商品とする立場に対して、賃労働者の主体性を欠落させた客観主義との批判がなされている(梯明秀『資本論への私の歩み』第三部)。右の批判は、ただ単に経済理論の問題に止まらず、その根拠にある世界観にかわる問題提起である点に注意しなければならない。

- (3) 実方『商法』一三四頁、山中『市民社会と民法』二四四以下(とくに、二五一頁以下、二五八頁註)、二六二頁以下。  
(4) 山中前掲書二五二頁以下。  
(5) 山中前掲書二四五頁。  
(6) 山中『契約総論』二三頁。



(7) 山中『市民社会と民法』一五一頁二四六頁以下、『契約総論』二四頁以下、『現代法学読本』一七九頁以下。

(8) 山中博士は、民法典、商法典という表現をされているが、「民法と商法という場合、かならずしも民法典と商法典の區別をいうのではない」(渡辺前掲論文九二頁註(2))とするのが大方の立場であろう。この立場にとっては、民商二法を区別して論ずる問題意識は何なのか、かならずしも明らかでない。

(9) 山中博士は、田中説、西原説を高く評価されている(『市民社会と民法』二五四頁(註一)、『契約総論』三一頁補説)。近代商法の歴史的性格は資本の法であり、その機能的実体は企業法であるとされる実方博士の見解は、西原理論と近似性をもつ。尚、実方博士も約款を法源に入れられる(『商法』一三八頁、『商法学総論』三六頁)。

(10) 「法範疇の弁証法的発展」に対する批判は、杉之原、長谷川、戒能教授によって、鋭く展開された(藤田、江守編『文献研究、日本の法社会学』に集録)。

(11) 商法四条二項は小商品の交換をも対象としうるが、その主眼は第一次産業に置かれていることは云うまでもない。これは近代商法が商行為概念を中心に据えるために、農・林・漁業などの第一次産業において資本制生産、即ち賃労働による生産を行なうて、商品市場に現われても商法の領域外にはみ出さざるをえない、という不合理な結果をカヴァーするための規定と解される(なお、商五二条二項)。要するに、本条項は商行為法主義から商人法主義への過渡的形態を示すものであるが、その結果として、極めて稀なことであろうが、小商品生産者についても、一定の場合——店舗その他これに類する設備により、物品の販売を業とする場合——には、商法の適用を受けることとなっている。第二次産業の場合には、小商品生産者についても、原料の購入、製品の販売が絶対的商行為とされることは云うまでもない。

(12) 近代市民法が、労働力商品については民法でしか規定しえない理由は先述のとおりである。

なお、今日では労働力商品については、労働法という独自の分野が派生しているが、それは実用法学(法解釈学)の視点からのものであり、資本主義法理論の究明という視点からすれば、私法(財産法)として考察すべきではないかとの、われわれの疑問は先に付言したとおりである。

(13) パシュカーニス理論を批判的に継承せんと試みた加古理論(「近代法の形態性に就て」前掲書所収)は、資本主義法としての近代市民法の法形態の基礎を、W—G—Wの第一流通過程と第二の流通過程であるG—W—G'との弁証法的な統一過程に求める。そして、W—G—Wは背後にG—W—G'を予想し、第一の価値形成の過程は必然的に第二の過程、即ち価値増殖過程を背後に持つところに、近代市民社会の単純商品社会との本質的差異があり、また、この点にこそ近

代資本主義法の主観的契機、つまり法のもつ政治的階級的性質、法と国家の関連も求められるとする。右の理論展開上かなりの混乱があることは、既に指摘されているとおりであり(森英樹「加古祐二郎の法理論について」法律時報四一卷二号七一頁以下)、 $W-G-W$ と $G-W-G'$ の統一が恣意的になされているような感じを受けないでもないが、この両過程の統一は、商品流通の直接的形態と資本の一般的定式を繋ぎ合せるのではなく、労働力の商品化、資本の生産過程を前提とした、資本の流通過程 $\parallel$ 再生産過程に求めるならば、右の疑念も解けるのではないかと考える。 $W-G-W$ と $G-W-G'$ との統一がありうるのは、資本の具体的姿である商品(資本)、貨幣(資本)の動きの中で、資本の運動としての統一だからである。

なお、労働力商品の側からみても、 $W-G-W$ という動きをするわけであるが、資本制社会においては、労働者は労働力なる生産要素の供給者であり、且つ自らが生産した商品の最終需要者として、いわば資本の手段的位置に、資本の相關概念として存在しており、 $W$ (労働力)  $\rightarrow$   $G$ (貨幣)、 $G$ (貨幣)  $\rightarrow$   $W$ (消費財)なる使用価値の質的転換は、既に資本の運動の中にその媒介項として含まれている。同じ $W-G-W$ という動きであっても、消費財の購入は商品資本のように「価値」の循環ではないにも拘らず、同質の「商品」・同質の取引主体として扱われるところに、共同性の幻想(近代法の抽象性 $\parallel$ 虚偽性)の基盤がある。

- (14) このように、産業資本は製品と生産手段、労働力との異質の使用価値の転換を継続しなければならないのであって、使用価値の拘束から解放された商業資本の運動と異って来ざるを得ない。産業資本も資本たる以上は価値増殖が究極の目標であることは云うまでもないが、 $W-G-W$ を視野の外に放置し、 $G-W-G'$ のみに目をやれば、商的色彩論と同じ帰結をもたらすのも、当然であろう。

- (14 a) このようにして私法は生産過程と間接的に懸わる。これに対して刑法は間接的にも直接的にも生産過程を保障する。

- (15) 資本主義私法はその形態からは「商品(と貨幣)の法」であり、その内容は「資本の法」である。そして、法概念をもつて形式的に表わせば、所有権と契約の法であり、所有権と契約が結合するところに、資本の法としての内容を有している(この点についての先駆的考察としては、我妻、川島兩博士の研究がある)。したがって、「資本所有権」とか「資本としての所有権」という表現は、形態と内容、法律学上の概念と経済学上の概念を混同したものであり、この点の批判は夙になされているとおりである。本稿でも「資本としての所有権」という表現を用いているが、商品所有権が「資本としての」運動の一姿態にはかならないことを、明確に示すために用いるまでのことである。

## 一〇 び す

一、約款を独占段階の取引処理技術、独占利潤追求の手段と見るわれわれにとって、約款法規論は興味深い問題を提起してくる。自由平等な法的人格者間の、権利義務関係を保障する近代市民法の中に、独占という要素を持つ約款を組み込む立場は、近代市民法と資本制社会の構造連関を、どのように理解し、商法と民法の関係をどのように把握しているのか、という問題である。具体的な問題意識としては、約款を商法の法源に入れる立場では、商法と資本制経済の関係をどのように捉えた上で、「商法の独自性」を唱え、また、約款と株式会社の関係をどの程度まで把握した上で、約款と会社法を商法の中で統一原理の下に位置づけているのか、ということである。われわれが得た結論は、商的色彩論、企業法論、あるいは商法を資本の法とする立場、これらのいずれにしても、民法典と商法典の編別に捉われ過ぎ、法典を基準にした上で、民商法二元論を説いているにすぎず、資本制経済との構造連関は把握されていない、ということである。民法典と商法典の区分が、近代市民社会の法としての観点からなされ、資本制社会の法として、意識的になされていない以上、法典という形式に頼るならば、資本制経済との関連が、十分に把握できないのも当然である。

二、ところで、市民社会の財産関係を、自由平等な法的人格者間の権利義務関係、という形態に還元した上で保障している近代市民法は、その実、資本の再生産運動、資本の集中を保障しうるものである。つまり、市民社会の法として制定されているが、資本制社会の法として機能しうるだけの内容を盛り込んでおり、自由平等な法主体という形態の背後に、資本と賃労働との関係を蔵している。したがって、株式会社や約款についても、その内容が独占的要素を含むとはいえ、近代市民法の形態に適合させさえすれば、市民法の中にもぐり込ませることは可能なわけである。商法を、商的色彩を帯びた生活事実に関する法、企業生活に特異な法、また商業資本の運動を保障する法と見

る、いずれの立場にしても、約款の法規範性さえ認められるならば、それが商法に属するのは当然のこととなる。これだけの結論を出すのであれば、われわれは「商法の独自性の再検討」などと銘打って、諸学説を検討し直す必要もないかのである。しかし、ここで約款が商法の法源となるのが、「当然のこと」たりうるのは、約款法規範考察の順序として、約款の法規範性が認められるか否かの、核心的な問題へ進む準備として、ひとまず法規範論者の立場から出発した上で、その商法観を探った結果にすぎない。

約款を法規範として性格づけるか否かを問い、その上で、約款を商法の法源に入れうるか否かの判断をなすとき、法典という形式的なものに頼って、民商法二元論を説き、「商法の独自性」を唱えてみても、右の實質的な判断の基準を与えないことが解かるであろう。たとえ約款が取引社会の規範として妥当しているとしても、解釈学上、それを法規範と認めるか否かは法実践上の問題であり、実践上の指針を必要とする。しかも、約款によって民法典、商法典を補充するとなれば、その判断基準は、われわれが近代市民法に対処する場合の理念と、同一のものでなければならぬ。このような理念は何処から導き出すべきであろうか。理念に独り歩きをさせないためには、われわれの理想空想としてではなく、現実の中から導き出さねばならないが、われわれは、近代市民法の形式的理念と實質的内容のズレ、そしてそのズレをもたらし、現実社会の矛盾の中に、その源を見出すことが出来る。ここから理念を捉える時、その理念は生き生きとしたものであろう。それは、近代法の抽象的、形式的な理念を、具体的、實質的なものにして表現するであろう。そのためには、近代市民法と資本制社会の構造連関を探り、自由平等という形式の裡に、不自由不平等が保障されるという、対立と統一の構造を識っておかねばならないし、民法と商法の関係も、理解しておく必要があるわけである。

三、民法典と商法典との形式的区分に依っては、約款の法規範性を判断する基準が見出されない、とするわれわれの見解に対して、右の立場から異議が出されるであろう。けだし、この立場にあっても、約款を法規範とするからに

は、明確な判断基準を有しており、法の理念についても考慮に入れているのに、われわれの考察の便宜上、ひとまずこの点を後まわしにしているからである。別稿で詳しく検討する予定であるが、彼らは自然法原理や商法理念により、約款の法規範性を支持せんとする。しかし、自然法原理は一般的原理についてのみ普遍的妥当性を有し、時と所に応じて、それを具体化、細目化しなければならないのである。民法典、商法典の中にも、それが具体化、細目化されている、と見るわけであるが、そのような理念を含む近代市民法が、資本制社会でどのように実現されているかを識るためには、近代市民法と資本制社会の連関構造を探っておかねばならない。この点を抜きにして、理念を説いてみても、空虚なものとなる可能性が高いし、理念の具体化、細目化が正しくなされているか否か不明であろう。したがって、この理念を基準として、約款の法規範性を判断しても、独占資本との関連などは欠落したままで行なわれ、取引の現状追隨に堕しかねない。また、商法理念を掲げる立場は、商法典の内容から理念を導き出し、近代市民法の形式的、抽象的理念には頓着しないようである。それも、結局は、近代市民法の形式理念と実質的内容の対立と統一、近代市民法の形態を採って、資本主義法の機能を果す、その形態と内容との統一構造の把握を放置したまま、商法典の解釈を志向することによる。このように、法典の規定の中に、法の理念が具体化されていると見るとき、現実と理念の混同がなされ、約款の法規範性を是認するのも容易になる。しかし、この立場にあっては、既存の取引法規定にも、法の理念が具体化されている筈であるが、既存の規定をさし置いて、約款を優先させるのはどのような訳であろうか。法典の内容に理念を求める実証主義の立場では、この点の解答は出し得ないのではあるまいか。形式的な理念はあっても、実質的な理念がない法実証主義は、本来「人間」の権利擁護をめぐる実践的なものである筈の法解釈を行っても、それは実践を事態の形式的、能率的処理を旨とする実務に堕する危険性を有している。それを阻止するものこそは、真の理念に外ならないが、生きた理念を把むためには、資本主義社会と近代市民法の連関構造の理解が、是非とも必要である。

四、民法典と商法典という形式に捉われて、從來、民法学と商法学とが分裂し、眞の学問的分業がもたらされなかった事態は——それは伝統的な法解釈学の要請に基づくものであり、法学的世界觀の根源地であつた——とつくの昔に反省されるべきであつた。遅ればせ乍ら、この点の反省の機運が、最近高まりつつあることは、私法学理論の発展にとり、歓迎すべきことである。われわれは、近代市民法として制定された民法典、商法典が相俟つて、資本の流通——再生産過程の保障を中心的な機能とし、この基盤の上に独自の法形態を採つて細目的な規定が展開され、位置づけられているのではないか、と考えるわけである。民商法ともに商品の法であり(形態)、かつ資本の法として(内容)、 $W-G-W \cdot G-W-G$ の統一過程を保障しているところに、近代(市民)法の本質(国家権力との関連)を探る手懸りが見出され、形式的理念と実質的内容の対立と統一、市民法の虚偽性——階級性も明らかになるであらう。民商法二元論に代えて、二元的に追求するところに、民商法学も私法学として一体化され、眞の分業を通じて、資本主義法の理論的把握を進化せしめる基礎となりうるだけでなく、われわれの身邊に生起する様々の法現象に対処する指針も、一層具体的、実質的なものが得られるようにならう。そのとき、從來の法解釈学が各法分野の独自性を前提に、狭い殻の中で体系を構築し続けたり、あるいはその反動として、現状に無反省的に追隨する解釈態度も、反省を迫られる。このような視点に立つとき、法律学においても、諸分野間のみならず他の学問領域との眞の分業が要請され、かつ徐々にはあれ実現されてゆくに違ひない。法律学の分野における眞の分業によって、資本主義法の解明をなし、生きた法解釈をなさんとすれば、単に民商法の分野で、一元的な把握が要請されるのみならず、労働法との協力も必要であり、さらに、私法と公法との境界区分を越えたところからの究明を必要とする。われわれの能力的限界の故に、一法分野の、しかも個々の問題しか扱いきれないとしても、分業の一環として追求する態度は保持しなければならない。われわれの考察の糸口となつた約款についても、資本制経済との總体的な関連や、既存の取引法規定との関係、そして、根源的には約款がわれわれの生存にとって有する意味の考察を抜きにして、個々の問題を中立的第三者の視

点でのみ処理せんとすれば、形式的な論理整合性を求めたり、取引の現状追隨と化し易い。契約説に見られる前者の傾向を嫌う約款法規論には、後者の傾向が強いことは、その法規範性の根拠づけを検討してゆく過程で明らかになるう。